تبصرة الحكام

فى

أصول الأقضية.. ومناهج الأحكام

للقاضى برهان الدين إبراهيم بن على بن أبى القاسم
ابن محمد بن فرحون المالكى المدنى
(٧١٩هـ - ٧٩٩هـ)

الجزء الثانى

مراجعة وتقديم
أ/ محمد عبد الرحمن الشاغول

الناشر
المكتبة الأزهرية للتراث
(٩) درب الأتراك - خلف الجامع الأزهر الشريف - ت: ٥١٢٠٨٤٧

فصل

فى حكم شهادة الشيعة الإمامية

الذين عمت بهم البلوى فى المدينة النبـوية وغيرها، وهى مسألة استـحكم فيها الفـساد فقل أن يـجرى أمرهـا على السداد، وذلك أن المدينة النبـوية صلوات الله وسلامـه على مشـرفهـا - كانت شاغـرة من أحكام أهل السنة من قـديم الزمان، والذى دل عليه كـلام القاضى أبى بكر بن العربى وغـيره، أنها كانت شـاغرة من أحكام أهل السنة من سنة تسع وثمانين وأربعمائة، وهى السنة التى حج فيها، لأنه ذكر فى كتابه المسمى بـ «العـواصم والقواصم»: أن الخطيب بالمدينة يومئذ كان من الشيعـة فى خبر يطول ذكره، وذكر الشيخ تقـى الدين بن تيمة: أن أهل المدينة لم يزالوا على مذهب مـالك -رحمه الله- ومنتـسبين إليه إلى أوائل المائة السـادسة أو قبل ذلك، ثم قـدم إليهم من رافضـة المشرق من أهل قاشـان وغيرهم من أفـسد مذاهب كثيرة منهم، لا سيما المنتـسبون إلى العترة النبوية، وقدم بكتب أهل البدع المخالفة للكتاب والسنة، وبذل لهم أموالاً كثيرة فكثرت البدعة بها من حينئذ.

فأما الأعصار المفضلة فلم يكن فيها بالمدينة النبوية بدعة فى أصول الدين، فقوله إن ذلك كان ابتـداؤه قبل المائة السـادسة هو الصـحيح، بل قـبل المائة الخامـسة لما ذكرناه عن القاضى أبى بكر بن العربى.

وقد كـان الإمام أبو عبـد الله بن بشكوال المعروف بابن الفخـار مقيـمًا بالمدينة النبوية، وكان من المشاورين بها فى الفتـوى والأحكام، وذكر بعضهم أنه كان إمامًا فى مسجد النبى ﷺ، ولم يكن يومئذ بالمدينة بدعة.

وكانت وفاته بالمغـرب فى سنة خمس عشرة وأربعـمائة، فلما قويت شـوكتهم صار الحكام منهم، وصارت الخطابة فـيهم، وشهود البلد منهم، وعامـتها وسكان ضواحـيها وأهل باديتهـا كلهم على هذا المذهب، وأهل السنة يومئـذ عددهم قليل جدًا مستضعفون بينهم، إلا أن إمامة الصلاة كانت مضافة إلى أهل السنة، واستمر

الأمر على ذلك إلى حدود سنة خمس وثمانين وستمائة، فبعث سلطان مصر إلى المدينة حاكمًا شافعيًا من أهل مصر، وأضيفت إليه الخطابة والإمامة فلم يتعرض لمنعهم من الأحكام، فكانت جل الحكومات راجعة إليهم، ولم تزل أحكامهم نافذة إلى سنة ست وأربعين وسبعمائة، فمنعهم أمير المدينة من الحكم بقيام القاضى تقىّ الدين الهورينى الشافعى فى ذلك فانقطعت أحكامهم.

واعلم أن هذه الطائفة إلى يومنا هذا هم غالب أهل البلد وكثير من نواحيها لا يسكنها غيرهم، وجميع عامتها وسوقتها وأرباب الحرف وأهل البادية والفلاحين، كلهم يشهدون وليس لهم عدول يقصدون للشهادة دون غيرهم، وكذا جميع عوام أهل السنة يشهدون، ولم يتقدم من أحد من الحكام أمان لا يشهد فى البلد إلا العدول، فهم إلى الآن على ما كانوا عليه.

وسألت بعض حكامهم عن المسموع لقبول شهادة عامة البلد، وما حكم شهادتهم على مذهبهم؟ فذكر أن الصحيح من مذهبهم: أن الناس محمولون على الجرحة حتى تثبت العدوالة، وأن هذا الفساد والتساهل إنما كان من أجل أن البلد لم يكن لها قانون ولا ضابط، وأن الناس كانوا فيها كأهل البادية، وأن إهمال ذلك عن رأى امراء أهل المدينة وأشرافها، فإنا لم نزل نسمع من الأمراء إنكار التعرض لإنكار ذلك، ويقولون: شهود البلد منهم فإذا تقرر هذا فالكلام على هذه المسألة فى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: فى حكم شهادتهم.

الثانى: فيما ينبغى للحاكم اعتماده والعمل به فى شهادتهم.

الثالث: فى أقضية حكامهم والشهادة على خطوطهم.

*****

الفصل الأول

فى حكم شهادة أهل البدع

ولا خلاف فى المذهب أن شهادتهم غير جائزة، ولا يعتبر منهم الأمثل، فالأمثل، ولا تجوز شهادتهم لأهل السنة ولا عليهم، ولا تجوز شهادتهم لبعضهم على بعض لانتقاء العدالة التى هى شرط فى قبول الشهادة، هكذا نقله ابن عصمة الأسدى وهو بيِّن وفى «المنتقى» للباجى، ولا تقبل شهادة أحد من أهل الأهواء، وإن كان لا يدعو إلى ما هو عليه؛ انتهى.

وسواء كان مرتكبا للبدعة متعمدًا أو جاهلاً أو متأولاً.

فرع: وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: قال لى مطرف وأصبغ فى القاضى يبلغه عن الرجل أنه من أهل الأهواء فى دينه مثل الأباضية وغيرهم، ولم يتحقق عنده بشهادة أهل العدل: أنه إذا تواطأ الكلام عليه فى ذلك، نرى أن لا تقبل شهادته إلا أن يأتى منه توبة وتورع بيِّن ظاهر؛ وقاله ابن القاسم وقال لى ابن الماجشون فيمن عرف بالبدعة، ومن كان خلع الطاعة ومن رجع وثبت على بدعته، ومن تسمى بذلك مستهلاً ودعا إلى ما هو عليه وعادى عليه فلا تجوز شهادته، وكذا من سمى بذلك ورسم به واستوطأ ذلك عليه فلا تقبل شهادته مبتدعًا كان أو خارجيًا، قال: وأما غير المعروف بذلك وإن لطخ بما لم يؤت عليه بالأمر المصرح البين، فأجره مجرى غيره يجيزه ما يجيز العدول من التسمية بالعدالة، ويرده ما يرد الشهود ويوهن شهادتهم.

فرع: قال ابن الفرس فى «أحكام القرآن»: واختلف فيمن لا تعرف عداله ولا سخاطته، هل يحمل على غير العدالة حتى تثبت عدالته أو العدالة حتى يثبت فسقه؟ فذهب مالك والشافعى إلى أنه لا يقبل حتى تثبت عدالته، وذهب أبو حنيفة والليث بن سعد والحسن إلى أنه مقبول حتى يعرف فسقه، قال: ومجرد الإسلام يقتضى العدالة، وكذا نقله الباجى فى «المنتقى».

وأما مذهب الشافعى -رحمه الله- فى شهادة أهل البدع، فقال الغزالى فى

كتابه «الوجيز» وتقبل شهادة المبتدعة إذ الصحيح أنهم لا يكفرون، ولا تقبل شهادة من يطعن فى الصحابة ويقذف عائشة لأنها محصنة بنص القرآن الكريم.

وأما مذهب أبى حنيفة فى ذلك، فقال صاحب «الهداية»[1]: وتجوز شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية، وهم من غلاة الرافضة يعتقدون الشهادة لأهل شيعتهم واجبة، فلذلك قويت التهمة فيهم، وأما غيرهم من أهل الأهواء فإنما أوقعهم فى تلك البدعة تدينهم.

وأما مذهب الحنابلة فقال شمس الدين بن قيم الجوزية فى بعض تآليفه: وعند الحنابلة الفاسق باعتقاده المتحفظ فى دينه تقبل شهادته، وإن كان محكومًا بفسقه كأهل البدع والأهواء الذين لا نكفرهم كالرافضة والمعتزلة والخوارج ونحوهم.

قال الشافعى: أقبل شهادة أهل الأهواء بعضهم على بعض إلا الخطابية فإنهم يتدينون بالشهادة بالكذب لموافقيهم على مخالفيهم، ولم يزل السلف والخلف على قبول شهادة هؤلاء وروايتهم، قال ابن قيم الجوزية: وإنما منع الأئمة كأحمد بن حنبل وأمثاله قبول رواية الداعى إلى بدعته المعلن بها، وقبول شهادته والصلاة خلفه هجرًا له وزجرًا لينكف ضرر بدعته عن المسلمين، لأن قبول شهادته وروايته والصلاة خلفه واستقضائه وتنفيذ أحكامه، رضًا ببدعته وإقرار له عليها وتعريضًا لقبولها منه.

قال حزبٌ من الحنابلة: قال أحمد: لا يجوز شهادة القدرية والرافضة وكل من دعا إلى بدعته، وقال أيضًا -أعنى أحمد - لا يعجبنى شهادة الجهمية الرافضة والقدرية المعلنة، وقال أيضًا: من أخاف عليه الكفر مثل الروافض والجهمية لا تقبل شهادتهم.

قال بعض الحنابلة: من كفر بمذهبه كمن ينكر حدوث العالم وحشر الأجساد، وعلم الرب تعالى بجميع الكائنات وأنه فاعل بمشيئته وإرادته، فهذا لا تقبل شهادته لأنه على غير الإسلام.

وأما أهل البدع الموافقون على أصل الإسلام ولكنهم مختلفون فى بعض

(١) صاحب كتاب «الهداية شرح بداية المبتدئ»، وهو الإمام المرغينانى - رحمه الله تعالى.

الأصول، كالرافضة والقدرية والجهمية وغلاة المرجئة وغيرهم، فهم على أقسام الأول: الجاهل المقلد الذى لا بصيرة له، فهذا لا يكفر ولا يفسق ولا ترد شهادته، إذا لم يكن قادرًا على تعلم الهدى، وحكمه حكم المستضعفين من الرجال والنساء، الثانى: يمكنه السؤال وطلب الهداية ومعرفة الحق، ولكن يتركه اشتغالاً بدنياه ورياسته ومعيشته، فهذا مفرط مستحق للوعيد آثم بتركه له، ما وجب عليه من تقوى الله تعالى، فهذا حكمه حكم أمثاله من تاركى بعض الواجبات، فإن غلب ما فيه من البدعة والهوى على ما فيه من السنة والهدى ردت شهادته، وإن غلب ما فيه من السنة والهدى قبلت، الثالث: الذى يسأل ويتطلب ويتبين له الهدى، ويتركه تقليدًا أو تعصبًا أو بغضًا أو معاداة لأصحابه فهذا أقل درجاته أن يكون فاسقًا وتكفيره محل اجتهاد، فإن كان معلنًا داعيًا لبدعته ردت شهادته وفتاويه وأحكامه مع القدرة على ذلك، ولم تقبل له شهادة إلا عند الضرورة، كحال غلبتهم وإستيلائهم وكون القضاة والشهود منهم، ففى رد شهادتهم وأحكامهم إذ ذاك فساد كبير ولا يمكن ذلك فتقبل للضرورة، قال: وإذا كان الناس فساقًا إلا القليل النادر، قبلت شهادتهم بعضهم على بعض، ويحكم بشهادة الأمثل فالأمثل من الفساق، هذا هو الصواب الذى عليه العمل وإن أنكره كثير من الفقهاء بألسنتهم، كما أن العمل على صحة ولاية الفاسق ونفوذ أحكامه وإن أنكروه بألسنتهم، وكذا العمل على صحة كون الفاسق واليا فى النكاح ووصيًا فى المال، وهذا نحو ما نقله القرافى عن ابن أبى زيد قبل هذا قال: وإذا غلب الظن على صدق الفاسق قبلت شهادته وحكم بها والله تعالى لم يأمر برد خبر الفاسق فلا يجوز رده مطلقًا، بل يثبت فيه حتى يتبين صدقه من كذبه، فيعمل على ما يتبين فسقه عليه قال: واعلم أن لرد شهادة الفاسق مأخذين.

أحدهما: عدم الوثوق به وأنه تحمله قلة مبالاته بدينه ونقصان وقار الله تعالى فى قلبه على تعمد الكذب.

الثانى: هجره على إعلانه بفسقه ومجاهرته به، فقبول شهادته فيه إبطال لهذا الغرض المطلوب شرعًا، قال: فإذا علم صدق لهجته وأنه من أصدق الناس وأن فسقه يغير الكذب فلا وجه لرد شهادته، وقد استأجر النبى ﷺ هاديًا يدله على

طريق المدينة وهو مشرك على دين قومه، ولكنه لما وثق بقوله أمنه ودفع إليه راحلته وقبل دلالتـه، وقد قال أصـبغ بن الفرج من أئمة المـالكية: إذا شهـد الفاسق عند الحاكم وجب عليه التوقف فى القضية، وقد يحتج له بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ﴾ [الحجرات: ٦].

وقال ابن رشد فى «المقدمات»: شهادة الشهود غير العدول فى استحقاق الشىء المعين، توجب توقيفـه عند أصبغ وهو معنى ما تقدم، قال ابن قـيم الجوزية: وسر المسألة أن مدار قبول الشهادة وردها على غلبة ظن الصدق وعدمه، قال: والصواب المقطوع به أن العدالة تتـبعض فيكون الرجل عدلاً فى شىء فاسـقًا فى شىء، فإذا تبين للحاكم فيما شهد به قبل شـهادته ولم يضره فسقه فى غيره، والله أعلم. هذا ما ذكره بعض الحنابلـة ومذهب أصحابنا خلاف هذا، فـفى «كتاب ابن المواز»: إذا شهد عند القـاضى من ليس بعدل والقاضى يعلم أنه شهـد بحق، فلا يحل له أن يجيز الشهادة ولا يحكم بها.

*****

الفصل الثانى
فيما ينبغى للحاكم اعتماده
والعمل به فى أمرهم

اعلم أن ما تقدم من حكم شـهادتهم إنما حيث يكونون مقـهورين، وكلمة أهل السنة تنفذ فى شريفهم ووضيعهـم نفوذًا تامًا فى جميع الحالات، لا يتقى فى ذلك درك ولا يخشى فيه عاقـبة، فأما هذه الطائفة فقهرهم ناشئ عن أمـير المدينة للتقية فهم به مقـهررون لا بالقضاة، ولذلك لا يتـمكنون من عمل أهل البلد على أن لا يشهد بها إلا شهود من أهل السنة،ولا لهم قدرة على استتابتهم، وربما ثارت الفتنة فى الحرم النبوى مـرارًا من الأشراف بسبب القيام عليـهم فى إنكار بعض بدعتهم، فما يخـمدها إلا احترام أمـير المدينة وخشية الـعاقبة منه لما التزمـه من إعلاء السنة وقمع البـدعة، وإذا كان الأمر على مـا ذكرناه فلا يتناول هؤلاء مـا وقع فى كتب المذهب، ففى «التهذيب» فى آخر كتاب الجـهاد: يستتاب أهل الأهواء مثل القدرية وغيرهم، فإن تابوا وإلا قتلوا إذا كان الإمام عدلاً، قال الشيخ أبو الحسن الصغير: قوله «ويستتاب أهل الأهواء» يدل على أنهم مقهورن، قال الباجى أبو الوليد: هذا حكمهم إذا كانوا بدارهم ودعوا إلى ما هم عليه وإلا فلا تعرض لهم، وخالفه فى ذلك الشيخ أبو إسحاق، وقال: ظاهر الكتاب سواء كانوا بدارهم ودعوا إلى ما هم عليه أم لا وقـد تقرر أن هؤلاء غير مـقهورين من كل الوجوه، وإذا كـان كذلك، كان لهم حكم آخـر، لأن عدم التمكن يستـلزم التقية، فـحيث تحصل التقـية فى بعض الحالات، فـيجب الإمسـاك عما يؤدى تعـاطيه إلى فتنة ووقـوع شر لا يؤمن عاقبته، وإذا تقرر هذا، فالذى ينبغى للحاكم المالكى أن يجتنب سماع الدعوى فى حكوماتهم التى يقضى فيـها بالشاهد واليمين، وأن جماعة من المالكيـة كيحيى بن يحيى الليثى وابنه ومن تبـعهما من شيوخ الأندلسيين، لا يجـيزون الحكم بالشاهد واليمين مع اتصاف الشاهد بالعدالة، فـالمنع مع الإنصاف بالفسق أحرى؛ وقاله ابن سهل، ومن صح نظره فى أحـوال الناس اليوم والمعرفـة باختلاف الشـهادات، لم

تطب نفسه بالقضاء بالشاهد واليمين إلا مع شاهد مبرز بالعدالة والنباهة، وقال ابن لبابة: الذى ذهب إليه قضاة بلدنا منذ دخلتيه العرب: أنهم لا يرون اليمين مع الشاهد ولا يقضون به، وإنى لمتوقف عن الاختيار فى هذا لما ظهر من فساد الناس وقلة المراعاة فى الشهادات، ويحكى عن محمد بن بشير قاضى الجماعة بقرطبة أنه لم يحكم بالشاهد واليمين إلا حكمًا واحدًا، وكذلك الحدود والقصاص حسبما نبهنا عليه أول الباب، أنه لا يقبل فيه إلا المعروف بالعدالة بإتقان، وكذلك الدعوى فى تركة ميت ووارثه صغير، أو دعوى على غائب يباع لأجلها ماله وعقاره، ويستحق ملكه أو إثبات وصية ميت أو وكالة عن غائب، فإن في هذه الوجوه وما أشبهها تكثير التهمة فيها مع كثرة تساهلهم فى أداء الشهادة، وقد حكينا عن القاضى ابن بشير أنه حلف شهود تركة وهو مذكور فى «باب الحكم بالسياسة»، وكذلك شهود التزكية والتجريح، فقد تقدم أن شهودهما ليسوا كسائر الشهود فيجب مراعاة ذلك، وكذلك الشهادة على الخط، فإنه يشترط فى الشاهد على الخط ما لا يشترط فى غيره وقد تقدم بيان ذلك، وكذلك السبع المسائل التى اشترط فيها التبريز فى العدالة، وقد تقدم ذكرها فى الفصل السادس فى «صفات الشاهد»، وأما الحكومات التى يمكن فصلها بالإقرار من المدعى أو من المدعى عليه، أو بالشهادة عليه أو الإعذار إليه أو بطريق الصلح وما أشبه ذلك، فلا بأس بالحكم فى هذا وما أشبهه، وقد يتعين على الحاكم المالكى الدخول بينهم عند انفراده بالحكم فى البلد، وقد يعرض هذا فى زمن الحج عند سفر الحكام للحج والحكومات التى ترفع إليه حينئذ على وجهين.

أحدهما: ما يقصد فيه إنشاء حكم مثل عقد النكاح والخلع، وتقدير النفقات وإثبات عقود البياعات والرهون والوكالات والأحباس، والشهادة على الشهادة من ذى عذر من مرض أو امرأة وما أشبه ذلك، فينبغى للحاكم أن يبعث فى ذلك من شهود أهل السنة من يرضاه فيما لم يكن بين يديه، وما كان فى مجلسه فيشهد عليه أيضًا من يرضاه، ولا يقتصر على شهودهم.

الثانى: ما يرفع إليه بعد وقوعه مما يقع بينهم، ولا يحضره غيرهم ولا يشهد فيه سواهم، مثل الإقرارات والقذف والشتم والجراح والسرقة والشرب، والشهادة على

الطلاق والأيمان عليه والتعليقات فيه، والعتق وأنواع المعاملات وما أشبه ذلك مما لا يمكن أن يشهد عليه أحد من أهل السنة، لما قدمناه من انفرادهم فى سكنى من نواحى البلد، كذلك سكان ضواحيها والذى تقتضيه مسائل المذهب التى قدمناها فى هذا الباب وغيره، أن سماع شهادتهم فى هذا وما أشبه جائزة للضرورة، وإلا كانت تهدر الدماء وتتعطل الحدود وتضيع الحقوق، وقد أجازوا شهادة النساء فى الجراح الواقعة بينهم فى المواضع التى لا يحضرها الرجال مثل العرس والمآتم والحمام والقتل أيضًا على الخلاف فى ذلك، وأجازوا شهادة الصبيان فى الجراح والقتل الواقع بينهم صيانة للدماء، وأجازوا إشهاد الرفقة لبعضهم على بعض فى المعاملات على ما تقدم بيانه فى الشهادة بالتوسم، وأجازوا تعريف غير العدل بالمرأة المشهود عليها للضرورة، وأجازوا ترجمة العبد والكافر والمسخوط عند عدم غيرهم من العدول، وأجازوا قول الطبيب النصرانى عند عدم غيره فى مقادير الشّجاج والجراح وتسميتها، وفى ذلك شهادة على المسلم الجارح، أن الجرح موضحة أو منقلة ونحو ذلك، وكذلك يقبل قوله فى العيوب، وأجازوا قول المرأة فى قياس الجراح فيما يجوز فيه الشاهد واليمين، وأجازوا شهادة غير العدل فى القتل، وجعلوه لوثا يقسم معه الأولياء، وفى «المذهب» لابن راشد، وفى «كتاب ابن شعبان»: إذا لم يكن فى البلد عدول قبل منهم الأمثل فالأمثل للضرورة، ويؤيد هذا ما قاله ابن أبى زيد قبل هذا فيما نقله القرافى، أنه إذا لم نجد فى جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورًا للشهادة عليهم، وفى «أحكام ابن سهل» عن ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك قالوا: قد يكون من غير أهل الأهواء من هو شر من أهل الأهواء، فإذا دعت الضرورة إلى سماع شهادتهم، فهل يكتفى منهم بالنصاب المحدود فى الشهادات أو لابد من الكثرة كما تقدم أول الباب؟ هذا محل اجتهاد الحاكم، ويحسن أن يقال هنا ما قاله ابن قيم الجوزية الحنبلى أنه إذا علم أن الشاهد من أصدق الناس لهجة وكان فاسقًا بغير الكذب قبلت شهادته، وأن مدار قبول الشهادة وردها على غلبة ظن الصدق وعدمه لأجل الضرورة.

*****

الفصل الثالث

فى أقضية حكامهم

والشهادة على خطوطهم

وفى «المتيطية»: والقاضى الذى لا ترضى أحواله ولا تجوز شهادته، ويقلد أحكام أهل البدع والأهواء إذا لم يعلم بالجور فى أحكامه، فإن أحكامه عند ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون مثل أحكام القاضى الجائر فى أنها تفسخ كلها ولا يمضى منها إلا ما علم صحة باطنه، وفى «مختصر الواضحة» نحو ذلك عن ابن القاسم، وقال أصبغ: وأرى أنه يجوز من أقضية الخلفاء والأمراء وقضاة السوء ما عدولوا فيه، وينقض منها ما تبين فيه الجور واستريب، ولم يتحقق ويعمل فيه بالكشف كما يصنع بأقضية الجاهل إلا أن يعرف القاضى بالجور فيها والجهل، واختار ابن حبيب أن تنفسخ كلها ولا يمضى منها شىء، قال: لأنه ليس من أهل العدل والرضا وهو لو شهد فى درهم واحد لرجل على رجل لم تجز شهادته، فكيف يمضى قوله: حكمت لهذا على هذا بألف دينار فما فوق ذلك، قال: وأما أحكام الخوارج الإباضية ومن يشبههم، فلا أرى لمن ورد عليه أحكامهم من المسلمين أن يجيزها ولا ينفذها، إلا إن ثبت أصل ذلك الحق الذى فى ذلك الحكم عنده بينة من المسلمين، فيحكم به وينفذه، فأما إن كان مجهولاً قد سجلوا به كتبا وذكروا فيها شهادة أهل العدل عندهم، فسموا الشهود أو لم يسموهم فلا أراها جائزة وأراها مفسوخة، قال عبد الملك: كذلك قال لى مطرف، وقال لى أصبغ هكذا كان ابن القاسم يقول فى ذلك: إلا أنى أرى سبيل أقضيتهم كسبيل أقضية قضاة السوء، قال عبد الملك: وقول ابن القاسم فى ذلك أحب إلى، وهو الذى وجدت عليه جماعة العلماء، وقاله ابن الماجشون أيضًا فيما حكموا بينهم، وفيما خلفوه من البلد من أثر أحكامهم فى البلد الذى ظهر عليهم فيه، وما قضوا به من الأقضية وما خلفوا من الفرائض عن فرائض الجماعة، لا أرى شيئًا من ذلك يعصم المحكوم له من أن يتدبر وينظر فى حقه وباطله، سواء من عرف منهم بجور في

بدعته أو اجتهاد فيها، فيكون الناظر فيها كالمبتدئ لما لم يكن فيه شىء من الحكم، فما كان من ذلك مستقيمًا مضى، وما كان منه جورًا فلا يمضى لهم، مات الشهود أو افترقوا أو مات بعضهم أو كانوا عدولاً أو مجروحين.

تنبيه: انظر قوله: «إذا وردت على أحد من المسلمين»، وقوله: «فيما خلفوه فى البدل الذى ظهر عليهم فيه» يدل على صحة ما قدمناه من أن هذه الأحكام إنما تكون كذلك إذا كان أمراؤهم مقهورين بحكام أهل السنة، وكانوا متمكنين من نقض أحكامهم، وإبطال مكاتبتهم من غير تقية ولا محاذرة فتنة، فإن تعذر ذلك جرى الحكم فيها على ما قدمناه فى الشهادة، ولم تجر عادة حكامهم بالتسجيل والإشهاد عليهم، وإنما يكتب القاضى فى أعلى المكتوب ثبت مضمونه عندى بشهادة من أعلمت تحت رسم شهادتهم وكتبه فلان بن فلان وأما الشهادة على خطوطهم وإحياء المكاتيب، فقد تقدم أن الذى جرى به العمل واختاره المحققون من المتأخرين، أن الشهادة على الخط لا تمضى ولا تجوز إلا فى إثبات الأوقاف، إذا اقترن بذلك سماع فى أصل الحبس ليكون تقوية للشهادة على الخط، وما عدا ذلك لا تنفذ الشهادة فيه، وتقدم أن من تمام ذلك أن يكون الشاهد على الخط من أهل التبريز فى العدالة والفطنة والنباهة وصحة التمييز، وأن المشهود على خطه كان عدلاً إلى أن مات أو غاب، وأن المشهود على خطه كان يعرف من أشهده، فينبغى للحاكم أن يجتهد فى دفع ذلك عنه ما استطاع، إلا أن يخشى فتنة لأن المنع من الشهادة على خطوطهم أحرى وأولى بالمنع، إلا أن يرى القاضى لذلك وجها من إحياء وقف وشبهه، والله المستعان، وهو حسبنا ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم.

فصل

فيما ينبغى التنبه له والقيام فيه والاهتمام به فى بعض أمورهم التى إهمالها يجدد ما دثر من شأنهم

وأقدم بين يدى ذلك مسألتين فيهما بيان حكم ما قصدنا فى هذا الفصل.

مسألة: وفى كتاب «الحاوى» لابن عبد النور مما سئل عنه أبو القاسم السيورى –

رحمه الله - سئل عن قوم من الإباضية تمسكوا بمذهب الوهبية، وهم طائفة من الرفضة بالمغرب، وسكنوا بين أظهر المسلمين يظهرون بدعتهم، فاستولى الآن على البلد من أخمل ذكرهم وغلب عليهم، فأراد الآن هدم مسجد كانوا يصلون فيه، وفسخ أنكحتهم المتقدمة، لأن الرجل الوهبى كان يتزوج المرأة المالكية لتقوى شوكته بمصاهرة أهل السنة وأراد هذا المتولى سجنهم وضربهم حتى يرجعوا إلي مذهب مالك فهل له ذلك أم لا؟

فأجاب: أما هدم المسجد الذى كانوا يصلون فيه فلا، لكن يخلى منهم ويعمر بأهل السنة ويمنع الغرباء من الدخول إليهم والتصرف عندهم، ومنعهم من ذلك من الحق والصواب والنكاح الذى أحدثوا من نسائنا يفسخ، وسجنهم وضربهم إن لم يتوبوا من الأمر الحق ويردون إلى مذاهب أهل السنة، ومن قدر على ما ذكرناه فيلزمه فعل ذلك إذا كانت قدرته ظاهرة، ولا يتركون يخالفون الناس، والله الموفق للصواب.

مسألة: وسئل أبو الحسن اللخمى عن قوم من الإباضية، انتحلوا مذهب الوهبية وسكنوا بين ظهر المسلمين مدة من السنين، فلما كان الآن أظهروا مذهبهم وأعلنوه وبنوا مسجدًا يجتمعون فيه بحلق من الغرابية، يظهرون مذهبهم فى بلدة فيها استبينت السنة، فضار الغرباء من كل الجهات يأتون إليهم بالأطعمة وتبسط عندهم الضيافات، ويقيمون عندهم الأيام الكثيرة، ويصلون الأعياد فى مصلى بالقرب من أهل السنة، فما ترى فيمن كان بهذه الصفة هل يجب على من بسط الله يده فى البلد ومكنه منعهم مما أظهروه واستتابهم وسجنهم وضربهم إن لم يمتنعوا من ذلك؟

فأجاب: إذا أظهر هؤلاء القوم الذين ذكرت مذهبهم وأعلنوه، وابتنوا مسجدًا يجتمعون فيه، وصلوا العيد بناحية عن المسلمين بجماعة فهذا باب عظيم، يخشى منه أن تشتد وطأتهم ويفسدوا على الناس دينهم، ويميل الجهلة ومن لا تمييز عنده إليهم، فواجب على من بسط الله قدرته أن يستتيبهم مما هم عليه، فإن لم يرجعوا ضربوا وسجنوا ويبالغ فى ضربهم، فإن أقاموا على ما هم عليه فقد اختلف فى قتلهم.

وقال ابن حبيب فيمن تاب منهم: يترك إلا أن يكون لهم جماعة فى موضع يلجئون إليه، فلا يترك هذا وإن تاب، ويسجن حتى تتفرق جماعتهم خيفة أن يلحق بهم، وأرى أن يشتهر فساد ما يعتقدون لئلا يلبسوا على أحد، ولئلا يسكن فى قلب أحد من ضلالتهم شىء، وهم أشد فى كيد الدين من اليهود والنصارى، لأن هذين المذهبين - أعنى اليهود والنصارى - قد عرف الناس أنهم كفار ولا يلتبس على الناس أمرهم، ولا يخشى على المسلمين أن يظنوا أن عندهم حقا، وهؤلاء يقولون نحن مسلمون ويقرءون القرآن ويخالفون مضمونه، ويقولون نؤمن بمحمد ويحدثون بالأحاديث التى تروى عنه، وأما هدم المسجد الذى بنوه فحق وجميع ما يتألفون فيه كذلك، وأيضًا فإنما قصد به الضرار، قال الله عز وجل لنبيه فى مسجد الضرار: ﴿لا تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا﴾ [التوبة: ١٠٨]، وفى هدمه ذلة لأهل دينهم، وبقاؤه ركن لهم وملجأ، وهدمه يؤسس فى قلوب الناس والعامة فساد ما هم عليه، لأنهم إذا علموا أن ذلك فعل بقول أهل العلم، يستيقنوا أن ذلك لفساد ما هم عليه واجتنبوا قومهم، وللفعل فى النفوس تأثير وقد صد عنها، فأمرهم بالحلاق فترددوا، فلما نحر هديه وأمر حالقه فحلق، بادروا لمثل ذلك، ولم يكونوا ليشكوا فى قوله ﷺ، والله أسأل التوفيق برحمته.

واعلم أن هذين الجوابين يستفاد منهما الحكم فى أمور واقعة عندنا.

منها: ما وقع فى الجواب الأول، أن المسجد الذى يجتمعون فيه يخلى منهم ويعمر بأهل السنة، ومثل هذا وقع عندنا فى زمن القاضى شرف الدين الأسيوطى الشافعى - رحمه الله - كان قد أخرجهم من الموضع المعروف بالمشهد، وأسكنه أهل السنة وكتب على بابه فى لوح رخام: إنه افتتح هذا المكان فى سنة كذا، ثم إنهم استولوا عليه بعده، وصار فقيههم الشرشير يلازم الجلوس فيه ويشتغل فيه الناس، ونشأ عن ذلك الاجتماع شر كثير وأثره باق إلى الآن، وأحدث فيه بركة صار الموضع يقصد لأجلها، وكذلك أحدث هذا الشرشير بركة فى رباط المعين، وصار الرباط لأجلها مقصدًا ومجمعًا لهم، ويسكن فيه الغرباء ممن يشغلهم فى مذهبهم ويقوى بعضهم، وهذا كله من أعظم الفساد والضرر، وحكم هذه المواضع أن تخلى على مقتضى الجوابين، ولا تهدم لأنها لم تبن لاجتماعهم، ولو أحدثوا موضعًا للاجتماع كما وقع

فى السؤال عن الهدم على الجواب الثانى، ولا ينظر لكونه رباطًا أو وقفا، فإن المعاصى الواقعة فيه إذا لم تنسحم إلا بهدمه جاز هدمه، وينبغى إسكان أهل السنة فى المشهد، وإشراك أهل السنة معهم فى رباط المعين على وجه ينحسم به الفساد، ويجب إزاة البركتين من الموضعين، لأنهما احدثتا فى وقف لغير مصلحة تعود على الموقف، والذى أحدثهما ليس بناظر شرعى، ولما يترتب عليهما من الفساد.

ومما فعله القاضى شرف الدين المذكور، أنهم كانوا ينفردون بصلاة العيد فى مسجد مباين لجماعة أهل السنة، فسد بابه ومنعهم من الصلاة فيه، وألزمهم بالصلاة مع الناس فاستمر ذلك، ثم أحدث بعض طلبة الشرشير حظيرة بالقرب من مسجد العيد مسجد النبى ﷺ، فصار عوام البلد يصلون العيد فيها منفردين، وإن كانوا يظهرون موافقة إمام الجماعة فشُوورَ أمير المدينة هدمها، فأذن فيه بعد أن أفتاه بهدمها فقهاء الشافعية والمالكية والحنفية، فهدمت وزال أثرها والحمد لله، فيجب على الحكام درء هذه المفاسد، فإنها تغلق من الشر أبوابًا وتجزل للقائم فيها ثوابًا، ومما تصل القدرة إليه ويجب على القضاة أن يحملوا العامة عليه، كتب الصدقات والإشهاد فيها، فإن ذلك أمر مهجور فى المدينة، ويترتب عليه من الفساد ما لا تبرأ للحكام معه ذمة من وجوه.

أحدها: أنه كثيرًا ما تتزوج المرأة قبل تمام عدة زوجها الأول، فإن ذلك لا ينضبط إلا بالإشهاد على الطلاق، وكتب ذلك على ظهر كتاب الصداق، ولا يعتمد على شهادة شهودهم فى ذلك لكثرة ما يقع منهم من التساهل فى الشهادة بذلك، لأن مذهبهم فى الطلاق أنه لا يلزم إذا وقع فى حال الغضب الشديد، ويشترطون أيضًا أن تكون بحضرة شهود عدول، وإلا فلا يلزم ولو طلق مرارًا فى خلوة أو بحضرة جماعة غير عدول لم يلزم،وأيضًا فالطلاق الثلاث عندهم فى كلمة طلقة واحدة، وكثيرًا ما شهد على الرجل أنه طلق ثلاثًا، فيأمره الحاكم أن لا يراجعها إلا بعد زواج فيراجعها خفية، ولا يطلع الحاكم على ذلك، ولو كانت الأنكحة مضبوطة بالصدقات والطلاق، والمرأة مكتوبة على ظهر الصدقات انحسم باب الفساد، ومن فوائد ذلك كتابة ذلك لأنه لا يمكن أن يتصدى لذلك أهل السنة، ومن ذلك أن لا يشهد فى كتاب الصداق إلا أهل السنة، فتنحسم مادة شهادتهم

فى الأنكحة وهى من أعظم المهمات التى يبتلى بها الحاكم، ومما أهمله بعض الحكام أنهم لا يسألون تزكية الشهود فى الغالب جريا على قاعدة البلد، ولا يسعهم إهمال ذلك، ولما كان الحاكم الشافعى من شأنه أن لا يقبل منهم إلا من زكى فى الغالب، اندفع عنه كثير من الحكومات إلي غيره، ولو سلكوا هذا المسلك الذي هو أمر لازم شرعًا لا يسعهم غيره والتزموا الأخذ به، لكان الناس يضطرون إلى اشهاد أهل السنة فى سائر أمورهم ومعاملاتهم وبياعاتهم وسائر عقودهم، ولم ترفع إلى الحاكم شهود الإمامية إلا فيما يقع بينهم مما لا يحضره أهل السنة، مثل قذف أو جرح أو إقرار أو شيء مما قدمنا ذكره، فيخف الأمر وتكون شهادتهم مقصورة على محل الضرورة.

فصل: واعلم أن ولاية حكام هذه الطائفة إذا كانوا حكامًا غير صحيحة من وجهين:

أحدهما: أن الذى ولاهم هو مخالف على الإمام ومتغلب على البلد، فيجرى فيهم ما يجرى فى قضاة المتغلبين على بعض البلاد، بل هو نائب السلطان الحاكم على البلد.

الثانى: أن أمير المدينة لم يفوض إليه الإمارة والقضاء، وإذا لم يفوض إليه القضاء فلا يجوز أن يحكم ولا أن يولى قاضيًا، وفى «مختصر الواضحة»: قال ابن حبيب قال لى ابن الماجشون فى الأمير المؤمر: إن فوضت إليه الحكومة قضى مع الإمرة وجائز له أن يشتقضى ويجوز حكمه وحكم قاضيه، وإذا لم يفوض إليه ذلك فلا يجوز حكمه ولا استقضاؤه؛ ومثله فى «المقنع».

تنبيه: قال فضل بن سلمة: انظر فى قولهم فى الأمير المؤمر: «إذا فوض إليه الحكم جاز أن يستقضى» ولم يجيزوا للقاضى أن يستقضى معه غيره إلا من عذر مرض أو سفر وما أشبه ذلك.

فصل: وأما ما كتبه حكامهم على المكاتيب من الثبوت فإن ذلك لا يفيد ولا يزيد المكتوب قوة، ولا يجوز إثبات المكتوب بعلامة القاضى التى توجد عليه بخطه أنه ثبت عنده، ولو كان القاضى عدلاً من أهل السنة إلا ما قدمنا ذكره عن أشهب، أنه أجاز الشهادة على خط القاضى وليس العمل على ذلك، والله الموفق للصواب.

الباب الخامس والأربعون

فى القضاء بالشهادات

التى يسقط بعضها ويمضى بعضها

وفى «مختصر الواضحة» عن ابن حبيب، وقال مطرف وابن الماجشون: وإذا ردت شهادة الشهود فى بعض ما شهدوا به جازت شهادتهم فيما بقى منها، مثل أن يشهد رجل وامرأتان على السرقة، فإن القطع يدرأ عن السارق لأن شهادة النساء لا تجوز فيه، ولو ضمن السرقة مليا كان أو معدمًا لأنه مال وشهادة النساء تجوز فيه، ولو أسقطت شهادة النساء فى القطع لتهمة الألسنة لأسقطت فى تضمين السرقة.

مسألة: ولو شهد النساء فى طلاق ودين فى شهادة واحدة جازت فى الدين دون الطلاق.

فرع: قال مطرف وابن الماجشون: ولو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته أو أعتق جاريته، وأنهما رأياه بعد ذلك على بطنها أو فى خلوة معها، ولم يقولا رأيناه يطؤها جازت شهادتهما على الفراق والعقوبة، لأنهما جمعا فى شهادتهما ما لو فرقاه ما جازت شهادتهما، وأما لو شهدا أنه طلق امرأته أو أعتق جاريته، وأنهما رأياه بعد ذلك يطؤها لم يكن لهما شهادة، ولم يكن عليهما حد من قبيل أنهما لو جازت شهادتهما على الطلاق أو العتاق، لزمها الحد بالوطء، والاثنان لا تجوز شهادتهما فى الزنا فيصيران قاذفين، فيجرح الحد شهادتهما، فلما شهدا بذلك معا كان فى شهادتهما ما يجرحها فسقطت كلها، وكانت المرأة زوجة له، والأمة رقيقًا لسيدها، ولم تمض الشهادة لهما بالطلاق والعتاق، ولم يكن للزوج ولا للسيد مقال على الشاهدين بأن يقولا قد قذفتما لأنهما إنما، قالا رأيناه يطأ امرأته أو جاريته.

فرع: وإذا شهد أخوا رجل قد مات وكانا هما وارثيه، بأن هذا ولد أخينا الهالك وكانا عدلين، فإن كان الولد ممن نال سلطانا وما أشبه ذلك مما لهما به العز والمكانة، لم تجز شهادتهما له ولم يلحق نسبه ويكونان مقربين له بكل ما ورثاه أن أحب أخذه أخذه.

فرع: وقال عبد الملك فى القوم يقطع اللصوص يشهد عليهم منهم، فإن مطرفا قال شهادة اثنين عدلين فى ذلك جائزة فى القطع، وفيما زعموا أنهم أخذوه لهما ولأصحابهما من المال، قال: ولو لم أجز شهادتهما لهما فى المال ما أجزتهما فى اللصوص فى القطع، ولا أجز بعضًا من شهادة ورددت بعضًا، وقد كان مالك ينكر ذلك على من يقوله، وأما ابن الماجشون فقال لى: سمعت المغيرة وابن دينار يقولان -وأنا أقول به- أنه لا يجوز فى ذلك أقل من أربعة شهداء، وإنما تجوز شهادتهم فى القطع وأموال الرفقة، ولا تجوز فى أموال الشهداء، لأنه لا يجوز لأحد أن يشهد لنفسه، قال لى أصبغ: كان ابن القاسم يقول: يجوز فى ذلك اثنان عدلان فى القطع وفى أموال الرفقة، ولا يجوز فى أموالهما إلا أن يكون يسيرًا، كما قال مالك فى الشهداء على الوصية يشهدون لأنفسهم منها بشىء إن كانت يسيرة جازت لهم ولغيرهم، ويجوز أن يشهد بعضهم لبعض فى أموالهم، وتجوز شهادة هذين اللذين شهدا على اللص، فى كل ما شهدا به لغيرهما من المال مع أنفسهما، إذا ردت شهادتهما لأنفسهما، قال لى أصبغ: ولست أقول بقوله بل تسقط الشهادة كلها فى القطع وفى المال لهم ولغيرهم إذا كان ما شهدوا به لأنفسهم كثيرًا، لأنها شهادة واحدة، فإذا اتهمو فى بعضها سقطت كلها، وأرى شهادة بعضهم لبعض جائزة، وإن شهد المشهود له لشاهده، قال عبد الملك: وقول مطرف عندى أوسط ذلك وبه أقول، وقد رواه عن مالك.

فرع: وأخبرنى مطرف عن مالك فى الموصى له يشهد فى الوصية، وفيها الإقرار بالدين والعتق للمملوك والوصية لقوم وهو منهم، إن كان الذى أوصى له به تافها يسيرًا لا يتهم مثله جازت شهادته على جميع الوصية وأعطى ما أوصى له منها، وإن كان الذى أوصى له به كثيرًا يتهم فى مثله ردت شهادته جميعها، وقال ابن الماجشون: إذا كان الذى أوصى به فيها تافهًا جازت شهادته فيما لم يوص له به، وسقطت فيما أوصى له به لأنه لا يجوز لأحد أن يشهد لنفسه بشىء وإن دق، قال عبد الملك: وقول مطرف عن مالك أحب إلى لأنه لما لم يتهم فى شهادته صار الذى له فيها تبعا، لأنها لا تجوز إلا جميعًا ولا ترد إلا جميعًا، وبهذا رأيت المصريين قالوا لأن مطرفا وابن الماجشون قالا: إذا كان الموصى كتب ذلك، أجمع

فى كتاب ثم أشهد عليه الشهود فأوقعوا فيه شهاداتهم، ثم جئ بالكتاب بعد موت الموصى فيشهد الشهود أن ما فيه حق، وأنه أشهدنا عليه مكتوبًا مفروغًا منه فلا شهادة لهم فيه، أجمع لما لهم فيه من الوصية إن كان لها بال ولها قدر، ولا يطرح من شهادتهم ما شهدوا به لأنفسهم، ويمضى منها ما شهدوا به من الإقرار بالدين والعتق للمملوك والوصية لغيرهم، لأنه كتاب واحد وكلام واحد يلزم بعضه بعضًا، فلا يجوز إلا جميعًا، قالا: وإذا كان الموصى إنما أشهدهم على ذلك لفظًا فقال لفلان: على من الدين كذا وكذا، لم يضع كتابًا يلزمه بعضه بعضًا، ولعل ذلك أن يكون من قول متفرق شيئًا بعد شيء أو فى فور واحد فقام بها الشهود هكذا لفظًا عند السلطان، أو وضعوا بها كتابًا بعد موت الموصى أو قبله، إلا أن ذلك لم يكن بأمره ولا يعلمه،إلا لما أحب الشهود من حفظهم ما أشهدهم، ثم قاموا بذلك الكتاب إلى السلطان وأخبروه بسببه طرح من ذلك ما شهدوا به لأنفسهم بالغًا ما بلغ، وأمضى من ذلك ما شهدوا به لغيرهم، لأنه بمنزلة ما لو أتوا إلى الحاكم فقصوا عليه الشهادة فأمرهم أن يكتبوا ذلك كما تكتب الشهادات عند السلطان، فلا تفسد شهاداتهم ما ذكروا فيها من الوصية لأنفسهم وهكذا، كنا نرى معنى ما كان مالك يقول فى هذا، وسألت عنه أصبغ وأعلمته بهذا التفسير فقال به واستحسنه.

فرع: وقال لى مطرف وابن الماجشون فى شاهدين شهدا فى ذكر حق على رجلين هما لأحدهما عدوان، فالشهادة ساقطة عنهما جميعًا، وكذلك لو شهدا على براءة الرجل من رجلين هما لأحدهما عدوان، سقطت الشهادة عنهما جميعًا، لأن الكتاب فى الذكر وفى البراءة حق واحد، لا يحسن إلا جميعًا ويبطل جميعًا، ولو شهدا بذلك لفظًا، وليس ذلك فى كتاب سقطت عن العدو وجازت لغيره.

فرع: وقال مطرف وابن الماجشون فى الشهود يشهد بعضهم لبعض: إن ذلك كله على رجل واحد فى مجلس واحد لم تجز، وردت شهادتهم جميعًا عن المشهود عليه، وإن كان ذلك شيئًا بعد شيء كان ذلك كله جائزًا وإن قارب ما بين الشهادتين، وأما إذا كان ذلك على رجلين مفترقين فذلك جائز، كان ذلك فى مجلس واحد أو شيئًا بعد شيء، وقال لى أصبغ مثله فتدبره.

مسألة: قال ابن رشد: وإذا اشتملت الشهادة على ما تجيزه السنة وما لا تجيزه، فالمشهور إجازة ما أجازته ورد ما لم تجزه، وقيل: ترد كلها ويؤخذ ذلك من «المدونة» فى شهادة النساء بالوصية، أن شهادتين لا تجوز إن كان فيها عتق وإبضاع النساء، وكذلك الشاهد الواحد فى وصية فيها عتق، ووصية لمعين، أن الموصى له يحلف مع شاهده ويرد العتق على المشهور، وقال أشهب: ترد كلها.

مسألة: قال ابن رشد فى «المقدمات»: المشهور فى المذهب أن الشهادة إذا رد بعضها للتهمة ردت كلها، وقد قيل: إنه يجوز فيها مالا تهمة فيه، والمشهور فى المذهب أيضًا أن الشهادة إذا رد بعضها للسنة جاز منها ما أجازته السنة، وقد قيل: لا يجوز، وذلك قائم من «المدونة» من قوله: «وشهادة النساء» والمشهور فى المذهب أيضًا: أن الشهادة إذا رد بعضها لانفراد الشاهد بها دون غيره أنها تجوز فيما يصح فيه شهادة الشاهد الواحد وتبطل فيما لا يصح إلا بشاهدين مثل أن يشهد الرجل على وصية رجل وفيها عتق ووصايا لقوم، فإن الموصى لهم بالمال يحلفون مع شهادة الشاهد وتكون وصاياهم فيها بعد قيمة العتق، وقد قيل: إن الشهادة كلها مردودة، حكى ذلك البرقى عن أشهب، وأما إذا لم يأت الشاهد بالشهادة على وجهها، وسقط عن حفظه بعضها، فإنها تسقط كلها بإجماع.

*****

الباب السادس والأربعون

فى القضاء بشهادة الصبيان

وفى قبول شهادتهم فى الجراح والقتل ثلاثة أقوال: الجواز: لمالك، والمنع: لابن عبد الحكم، والجواز فى الجراح دون القتل قاله أشهب، فالمنع الأصل وإليه ذهب الشافعى وأبو حنيفة، والجواز لعلة الاضطرار إذ لو أهملوا لأدى إلى ضرر كبير وهدر جنايات تعظم، وقد حكى جواز ذلك عن جماعة من الصحابة وغيرهم، منهم: على، وعبد الله، وعروة بن الزبير، وشريح، وقسيط، وأبو بكر بن حزم، وربيعة ومعاوية - رضى الله عنهم - وإذا قلنا بإجازتها فإنما تجوز بأحد عشر شرطًا.

الأول: أن يكونا ممن يعقل الشهادة.

الثانى: أن يكونا حرين.

الثالث: أن يكونا ذكرين، وقد روى عن مالك - رحمه الله: جواز قبول شهادة إناث الأحرار، اعتبارًا بالبالغات فى كونها لوثا فى القسامة على إحدى الروايتين.

الرابع: أن يكونا محكومًا لهما بالإسلام.

الخامس: أن يكون ذلك فيما بين الصبيان لا لكبير على صغير، ولا لصغير على كبير.

السادس: أن يكونا اثنين فصاعدًا.

السابع: أن تكون الشهادة قبل تفرقهم وتخبثتهم.

الثامن: أن تكون الشهادة متفقة غير مختلفة.

التاسع: أن تكون الشهادة فى قتل أو جرح على الخلاف المتقدم لا فى الأموال.

العاشر: أن لا يحضر ذلك أحد من الكبار، فمتى حضر كبار فشهدوا سقط اعتبار شهادة الصبيان كان الكبار رجالا أو نساءً، لأن شهادة النساء تجوز فى الخطأ وعمد الصبى كالخطأ.

الحادى عشر: قال القرافى ورأيت بعض المعتبرين من المالكية يقول: لابد من حضور الجسد المشهود بقتله، وإلا فلا تسمع الشهادة، ونقله عن ابن عطاء الله مؤلف «البيان والتقريب» عن جماعة من الأصحاب أنه لابد من شهادة العدول على رؤية الجسد المقتول.

فرع: ولو شهدوا ثم رجعوا لم يلتفت إلى رجوعهم، ولو بلغوا وشكوا أخذ بقولهم الأول، فإن لم تكن على وجهها، ولم تكن قضى بها، لم يقض بها.

فرع: والعدالة والجرح لا يعتبران فى الصبيان، واختلف فى اعتبار القرابة والعداوة. قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة القريب لقريبه، قال محمد: وعلى مذهبه فلا تجوز شهادة العدو، وأجازها عبد الملك وعلى مذهبه فيجوز مع القرابة.

فرع: ستة صبية فى البحر غرق واحد منهم فشهد ثلاثة على اثنين واثنان على ثلاثة أنهم غرقوه، قال مالك - رحمه الله: العقل عليهم كلهم لأن كل واحد يدرأ عن نفسه، وليس البعض أولى من البعض، فلزمت الدية عواقلهم.

فرع: قال مالك: لا تجوز شهادة الصبيان المماليك بعضهم على بعض، لأنهم ليسوا من جنس من يشهد وهذا مفهوم من الشرط الثانى.

فرع: وإذا تعارض بينتان من الصبيان فى شجة هل شجها فلان أو فلان سقطتا، لأن كل فريق ينفى ما يثبته الآخر، وأرش الشجة على جماعة الصبيان.

*****

الباب السابع والأربعون
فى القضاء بكتاب القاضى
إلى القاضى

وفى «مختصر الواضحة» من قول ابن القاسم: أنه إذا جاء كتاب من قاض إلى قاض، لم تجز إلا بشهادة شهود أنه كتاب القاضى، ولا يلتفت إلى طابع القاضى وهو قول ابن الماجشون أيضًا، أنه لابد من شهود أن هذا الكتاب كتاب القاضى، وزاد أشهب فقال: لا تجوز شهادتهم أنه كتاب القاضى حتى يشهدوا أنه قد أشهدهم عليه، ولا يضر إن لم يختمه، وقال ابن وهب: ولا يجوز كتاب قاض إلى قاض إلا بشاهدين أنه أشهدهما بما فيه، وإن لم يكن فى خاتمه أو كان فيه طابعه قد انكسر، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: ولا ينفذ إن شهدا أن هذا الكتاب خط القاضى بيده، وقال ابن القاسم: إن شهدا أن هذا الكتاب خط القاضى جازت شهادتهما، ولم يلتفت إلى الطابع وهو معنى ما فى «المدونة»، واختلفت أيضًا عن مالك هل شرط الشهادة على كتابه أن يقرأه على الشهود الناقلين أولاً؟ على روايتين الأشهر الترك؛ من «التنبيه» لابن المناصف، قال ابن سهل: ورأيت قضاة شرق الأندلس يجيزون كتب بعضهم إلى بعض فى الأحكام بالخاتم، ومعرفة الخط وإن لم يكتب القاضى إلا العنوان لا غير، وإن كان حامله هو المكتوب له المحكوم له فى قضيته، ويبعثون حامله ويسلمونه له مختومًا، قال: وهو عندى مما لا يجوز العمل به ولا إنفاذه، سيما إذا كان حامله صاحب الحكومة، وقد ذكر ابن حبيب عن ابن القاسم وغيره: إذا كان حامله صاحب الحكومة لم يجز فيما هو أخف من هذا، هذا مما لا يجوز عند أحد، والقضاء به منسوخ، ولم يجيزوا أن يحمله صاحب الحكومة من عند الفقيه أو الأمين وشبهه، فكيف فى نفس الحكومة من قاضى بلد إلى قاضى بلد، وفى «المذهب» لابن راشد قال سحنون: إذا شهد على كتابه وخاتمه شاهد وامرأتان، جاز فيما تجوز فيه شهادة النساء، ويستحب أن يكتب ذلك فى كتاب مختوم والاعتماد على الشهادة، إذ لو

شهدا بخلاف ما فى الكتاب لجاز إذا طابق ذلك الدعوى، ولو شهدا بما فيه وهو غير مختوم لجاز أيضًا، ولو قال القاضى: أشهدتكما أن ما فيه حكمى لجاز على إحدى الروايتين، وكذلك لو قال ما فى الكتاب حكمى لكان كافيًا.

فرع: ولو أن الكتاب المختوم دفع إلى جماعة وأشهدهم القاضى الذى دفعه أنه كتابه، فكان الكتاب عند أحدهم، حتى قدموا البلد الذى فيه القاضى المكتوب إليه، فإن الذى فى يده الكتاب يشهد، وأما الآخرون فإن أثبتوه وعرفوا أنه طابع القاضى وكتابه فليشهدوا، قيل لمالك: وكيف يعرفون ذلك؟ قال: هم أعلم، قال أصبغ: إن لم يعرفوا فلا يشهدوا، وإن كان صاحبهم الذى عنده الكتاب عدلاً مأمونًا ولو كانوا حين أشهدهم القاضى على الكتاب كتبوا فيه شهاداتهم وعلاماتهم كان أحسن، وقال ابن نافع عن مالك: كان من الأمر القديم إجازة الخواتم، فكان القاضى يكتب للرجل الكتاب إلى القاضى، فما يزيد على ختمه فيجاز على ختمه له، حتى حدث الاتهام فأحدثت الشهادة على خاتم القاضى أنه خاتمه، قال ابن رشد: وفى «البخارى»: أول من سأل البينة على كتاب القاضى ابن أبى ليلى وسوار ابن عبد الله العمرى، وقال ابن كنانة: كان إذا جاء كتاب من قاضى مكة إلى قاضى المدينة أنفذه بغير بينة، فالتزم الناس البينات على الكتب التى تأتى من كورة إلى كورة، فإذا جاء من أعراض المدينة إلى قاضى المدينة قبلوه بغير بينة، يجيزون فى ذلك بمعرفة الخط والخواتم والجواب إذا كان ذلك فى الحقوق اليسيرة، وقال عبد الملك نحو هذا أنه يقبل العامل فى قراباته من عمله الكتاب بغير شاهدين، كما يقبل بالشاهد الواحد مع الثقة ومعرفة الخاتم لقرب المسافة، واستدراك ما يخشى من التعدى، ولم يذكر ما قال ابن كنانة فى الحقوق اليسيرة.

فرع: ويشترط أن يكون المكتوب إليه عالمًا بعدالة شهيدى الكتاب، ولا يكفى تعديلهما فيه.

فرع: لابد أن يذكر الحاكم اسم المحكوم عليه واسم أبيه، وحليته وصناعته أو تجارته وشهره، إن كانت له ليتميز بذلك عن غيره، فإن وجد من يشاركه فى ذلك لم يحكم له القاضى على ما يدعى عليه أنه هو إلا ببينة تشهد على عينه، وإن كان الذى شاركه فى ذلك قد مات لم يحكم على الحى حتى تشهد البينة أنه المدعى

عليه، إلا أن يطول زمن الموت ويعلم أنه ليس هو المراد بالشهادة، فحينئذ يحكم على الحي، فإن كانا حيين إلا أن أحدهما قصرت عنه الصفة بأقلها، فإن الكتاب يلزم الآخر ولو لم يختلفا إلا فى المسكن فقط، فإن كان مسكنهما يوم كتب الكتاب واحدًا، وأشكل الأمر لم يلزم واحدًا منهما يريد إلا بينة على عينة، وإن لم يكن ثم من يشاركه كشف القاضى عن ذلك، فإن لم يجد غيره أعداه عليه، ولو ترك القاضى الكشف عن ذلك فقيل: لابد للطالب أن يثبت أنه ليس بالبلد من هو على تلك الصفة.

فرع: قال ابن رشد: الغالب من أفعال قضاتنا اليوم بإفريقية، أن يأتى الرجل يذكر الحق ويرفع شهوده، ويخاطب القاضى له بثبوته عنده، ويسير به إلى محل خصمه فيحكم له قاضى ذلك الموضع من غير أن يكلفه تعديل شهود.

فرع: وأما كتاب القاضى المجرد عن الشهادة فلا أثر له، قال القاضى عبد الوهاب فى «المعونة»، وإنما قلنا: إن الشهادة على الخط لا تنفع، لأن الخط لا يحكم به باعتراف كاتبه بأنه على ما كتبه، لأنه قد يكتب أشياء لا يؤخذ بها، ولو تلفظ بما كتب به لأخذ به، فقال ابن رشد: والعمل عندنا اليوم بإفريقية على ما كان عليه السلف فى القديم من الشهادة على خط القاضى، فيكتب القاضى تحت شهود الوثيقة كائنة ما كانت، علم بثبوت الرسم المقيد أعلاه فلان بن فلان، والسلام على من يقف عليه ورحمة الله وبركاته، وبعضهم يكتب أدى شهيداه شهادتهما فيه وهما برسم القبول، وأعلم بذلك فلان بن فلان، ثم يأخذ صاحب الحق ذلك الرسم، ويأتى به هو أو وكيله إلى قاضى بلد آخر، ويأتيه بعدلين يشهدان أنه خط فلان ويمضى ما فيه، ولو كلفوا رب الحق أن يأتى بشهيدين يشهدان على القاضى لتعذرت الحقوق لخوف الطرقات وغير ذلك.

وفى «التنبيه» لابن المناصف: وقد التزم الناس اليوم فى سائر بلادنا إجازة كتب القضاة بمعرفة الخط وكافة الحكام قد تمالئوا على إجازة ذلك والتزامه والعمل به فى عامة الجهات للاضطرار إلى ذلك، ولأن المطلوب إنما هو قيام الدليل وثبوته، على أن ذلك الكتاب كتاب القاضى، فإذا ثبت عند المكتوب إليه أنه كتاب القاضى بمعرفة خطه ثبوتًا لا يشك فيه، أشبه الشهادة عليه وقام مقامها، قال: وإذا ثبت

جواز كتب القضاة بمعرفة الخط للضرورة إلى ذلك فلا يخلو، إما أن يكون القاضى المكتوب إليه يعرف خط القاضى الكاتب أو لا يتحقق ذلك، فإن كان القاضى يعرفه ويتحققه فجائز عندى قبوله كما روى عن سحنون أنه كان يجيز كتب أمنائه بمعرفة الخط دون شهود، ليس ذلك من باب قضاء القاضى بعلمه، ويحتمل أن يقال: لابد من الشهادة عنده على صحة الخط، كما تكون الشهادة على قول القاضى لقاض غيره بالمشافهة منه له، ثبت عندى؛ كذا ذكره ابن العطار.

وأما إن لم يتحقق القاضى خط الكاتب فلابد من شاهدين عدلين يعرفان خط القاضى الكاتب، فيشهدان أن ذلك خط القاضى كما يكون ذلك فى خط الشاهد الغائب، وفى «معين الحكام» لابن عبد الرفيع عن أبى بكر بن عبد الرحمن: أن أشهب - رحمه الله - يجيز الشهادة على خطوط القضاة والشهود فى الأحكام.

مسألة: قال ابن حبيب: قال لى مطرف وابن الماجشون: وإذا كتب قاض إلى قاض بكتاب فيه اختلاف بين الفقهاء، والمكتوب إليه لا يرى ذلك الرأى ولا يأخذ به، فإن كتب إليه بأنه قد حكم بما فى كتابه وأنفذه جاز ذلك، وأنفذ هذا المكتوب إليه، وإن كان إنما كتب بما ثبت عنده للخصم أو بما أشبه ذلك، ولم يفصل ذلك بحكم فليعمل فى ذلك برأيه الذى يختاره مما اختلفوا فيه، ولا يعمل ذلك برأى الكاتب إليه؛ من «مختصر الواضحة» فى رسم ما يفسخ من أقضية القضاء.

وفى «التنبيه» لابن المناصف عن سحنون فى الوجه الأول من هذه المسألة، أنه لا ينبغى للمكتوب إليه أن يجيز ذلك ولا ينفذه، قال: يريد إذا كان غير صواب عنده، ولا يحل له أن يجيز أحدًا على ما هو عنده خطأ، وذلك مثل أن يكتب إليه قاض حنفى بأن يمكن رجلاً من امرأة زوجت بغير ولى، وشبه ذلك، قال أشهب: إن كتب إليه أنه أنفذ الحكم بذلك وجب على المكتوب إليه أن ينفذه، لأنه لا يجوز له نقض قضاء غيره إذا وافق قولاً للعلماء ولأن المحكوم له قد ثبت له ما حكم له به، ولا يصل إليه إلا بقاض، وفى توقف المكتوب عن تنفيذ ما كتب به إليه إبطال حق حكم له به من له نظر وسلطان، قال: وإن كان إنما كتب بما ثبت عنده ولم يحكم فلا خلاف فى المذهب أن المكتوب إليه لا يعمل برأى الذى كتب.

تنبيه: وتفهيم الخلاف فى هذا يؤخذ منه أن الثبوت ليس بحكم كما نقل الشيخ تقى الدين السبكى: أنه الصحيح من مذهب مالك وقد تقدم ذلك.

فرع: قال عبد الملك بن حبيب: قال أصبغ فى القاضى يثبت عنده لرجل حقق له على غريم غائب أو صفة عبد له ولا يدرى بأى الآفاق هما، كتب له الوالى إلى أى قاض يلقاه من عمله أن يسأله ذلك، وأرى واجبًا على من دفع إليه الكتاب من القضاة أن ينظر له فيه إذا أثبته عنده ببينة، على أنه كتاب القاضى الذى كتب إليه وصورة كتابه، أن يكتب من فلان بن فلان إلى من ورد عليه كتابى هذا من القضاة والحكام.

تنبيه: ذكر فى هذه المسألة أنه يكتب إلى أى قاض لقيه من عمله. وفى «البيان»: أن يكتب له إلى قضاة الآفاق كان بأى بلد كان، وأنه حق على كل من ورد عليه ذلك الكتاب أن يعمل به بلا خلاف، كما أنه لو كتب إلي قاضى موضع فوجده قد مات أو عزل، وولى غيره إنفاذ ذلك الكتاب والعمل به وهى فى «البيان» فى «باب الأقضية» أبسط من هذا.

فرع: وروى أصبغ عن ابن القاسم: فى الرجل يثبت حقه على رجل عند قاض ويكتب فيه إلى القاضى الذى ذلك فى بلده، فيلقاه في غير بلد ذلك القاضى: فيرفع ذلك الكتاب إلى قاضى ذلك البلد الذي وجد خصمه فيه، فقال ابن القاسم لا ينظر له فيه، لأن ذلك الرجل لا يعرف بذلك البلد، ولو أثبت المدعى بينة فى ذلك البلد أن الرجل الذى حكم عليه القاضى الكاتب أنفذه هذا القاضى، وإذا كان فى كتاب القاضى أنه ثبت الحق عنده بشهادة شهود قبل شهادتهم وأجازها، ولم يصرح عنهم كان نفاذًا جائزًا، ولزم القاضى المكتوب إليه أن يقضى بما كتب إليه من ذلك، إذا ثبت عنده أنه كتاب القاضى بشاهدين يعرفانه، أن القاضى أشهدهما على كتابه وخاتمه وأسلمه إليهما، ويعينا له القيام عنده من التمام أن يقبضاه هما من القاضى الكاتب، ولا يكون عند المحكوم له، فإن سأل المقضى عليه من القاضى المكتوب إليه الإعذار إليه فى الشهود الذين ثبت بهم الأصل لم يجبه لذلك ويعذر إليه فى الشهود الذين ثبت بهم الكتاب فقط، ويقول له اذهب إلى القاضى الكاتب يعرفك بهم، ويبيح لك الدفع فيهم؛ من «المتيطية».

فرع: وإذا ورد كتاب قـاض إلي قاض، وعلم القاضى المكتوب إلـيه أن القاضى الكاتب أهل للقضاء فى علمه وفهمه ومعرفته بأحكام من مضى قبل كتابه، ووجب عليه قبول ما يرد عليه عن ذلك الحاكم فى المال والقصاص والعقوبات وغيرها، وإن كان غير أهل للقـضاء لم يقبله، وإن كان لا يعرفه بعـدالة ولا سخطة وجهله، فإن كان من قضاة الأمصار الجامعـة مثل: المدينة ومكة والعراق والشام ومصر والقيروان والأندلس، أنفذ ما جـاءه من عنده، لأن محمل هؤلاء على الصحـة والعدالة حتى يعرف خلاف ذلك، وأما غـيرهم من قضاة الكور الصغار، فـلا ينفذ ما جاءه عنهم حتى يسأل عنهم رجلاً من أهل العدل عنده ممن يعرفهم، وقال سحنون: إن قاضى تونس لا يجوز كتـابه إلى قاضى مصر وما أشـبه ذلك، إلا أن يكتب قاضى تونس إلي قاضى القيروان بما ثبت عنده، ثم يكتب قاضى القيروان إلى قاضى مصر.

تنبـيه على أمـر خفى: وهو الفرق بـين كتاب القـاضى إلى القاضى على مـعنى المخاطبة وكتابه إليه على معنى الشهادة، وفى «البيان» فى «سماع أصبغ» من «كتاب الأقضية» فى رسم ومن «كتاب القـضاء المحض»، إذا تخاصم رجلان عند القاضى فكان من حجة أحدهما أن قال: قد حكم لى قاضى بلد كذا بكذا وكذا، وثبت لى ذلك عند قاضى بلد كذا، فيسأله القاضى البـينة على ذلك، فيذهب إليه فيأتيه من عنده بكتاب إنى قد حكمت لفلان على فـلان بكذا وكذا، فهذا لا يجوز من أجل أنه على هذا الوجه شـاهد، ولو أتى الرجل ابتداء إلى القاضى فقـال: خاطب لى قاضى بلد كـذا بما ثبت لى عندك على فلان، أو بما حكمت لـي به عليه فخـاطبه بذلك جـاز من أجل أنه مخـبر وليس بشـاهد، وتكرر ذلك فى أول «سمـاع ابن القاسم» من «كتاب الأقضية» فانظره.

فرع: وفى «كتاب الرعيـنى» قال: وأصحاب مالك وابن القاسم يجـيزون كتاب القاضى إلى القاضى، على الصفة والحليـة فى الحر والعبد والدواب والثياب والدار والأرضين، كانت بيد مالك أو لم يكن إذا شهـد شاهدان أنه كتاب القاضى فلان، قاضى بلدة كذا إلا ابن كنانة، فـإنه لا يجيز ذلك فيما هو فى يد أحـد يدعيه ملكًا له، ويقول على المدعى أن تحـمل الشهود إلى الموضع الذى به الشىء المدعى فـيه، حتى تشهد البينة على معانية ذلك.

فرع: وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: وأخبرنى ابن الماجشون فى القاضى يكتب للرجل كتابًا إلى قاضٍ غيره بحق ثبت له، أو حق طلبه فمات أحدهما قبل وصول الكتاب إليه، قال: لا يضره موت من مات منهما، وعلى المكتوب إليه إذا ثبت عنده أن ينفذه ويعمل بما فيه، وإن مات المكتوب إليه أو عزل فحق على من ولى مكانه إنفاذه والعمل به كما لو كان هو المكتوب إليه بعينه، لأن المراد فى هذا كله السلطان الذى إذا زال من واحد كان فى آخر، وقال مطرف عن مالك مثله، وقال لى ابن عبد الحكم وأصبغ مثله وقالا لى: هو قول أصحابنا كلهم.

تنبيه: ما ذكره فى «الواضحة» من قبول كتب القضاة سواء من الكاتب أو عزل قبل وصول كتابه، وكذلك إن مات المكتوب إليه أو عزل قبل وصول الكتاب إليه، مقيد بما إذا أشهد القاضى الكاتب على كتابه، لأن إشهاده عليه كإشهاده على حكم نفذ، وأما على ما التزمه الحكام وعملوا به فى قطر المغرب على ما تقدم بيانه من الاجتزاء بمعرفة خط القاضى الكاتب والعمل بذلك دون إشهاد من القاضى على كتابه، فلا يصح قبوله ولا العمل به إلا أن يصل، والقاضى الذى كتب على حال ولايته تلك، فإن مات أو عزل قبل وصول كتابه وثبوته عند من يقبله، لم يصح العمل به بوجه من الوجوه، قال ابن المناصف: والفرق بين الحالتين أن الكتاب المشهود عليه كالإشهاد على حكم مضى فيجب إنفاذه، وأما الآخر على مراتبه إذا ثبت أن يقام مقام يقبل منه ما دام واليًا، فإذا عزل لم يقبل منه علي حال، إلا أن يكون ذلك إشهاد، وفى حال الولاية فيجوز عملاً بالشهادة، وفى «المدونة» أن القاضى إذا عزل أو مات وفى ديوانه شهادة البينات وعدالتها، لم ينظر فيه ولا يجيزه من بعده، وإن قال القاضى المعزول: ما فى ديوانى قد شهدت به البينة عندى، أو قال: كنت حكمت بكذا لم يقبل ذلك منه، فكذلك كتاب القاضى المعزول، قال ابن المناصف: وخالف فى ذلك جماعة من الطلبة وأجازوا ذلك وهو غلط وخروج عن القاعدة فى ذلك.

فرع: وقال ابن حبيب، قال لى ابن الماجشون: وإذا كتب قاض إلى قاض بعدالة شاهد قد شهد عند المكتوب إليه، فإن كان الشاهد من عمل القاضى الكاتب فذلك

جائز وتـام، وكذلك إن كان القـاضى المشهـود عنده هو الذى كتب إلى الـقاضى الكاتب يسأله عنه أو سأله عنه مشافهة فـذلك جائز أيضًا، وكذلك لو قال المشهود له للقاضى المشهـود عنده سل عنه قاضى فلانة، أو اكتب إلى قاضى فـلانة فسأله عنه فذلك كلـه سواء، وقال لى ابن الماجـشون،: ولو لم يكن الشـاهد من عمل القاضى الكاتب كان فيـه كغيره من الناس، إن كان القاضى الذى شـهد عنده فهو الذى ابتدأ السؤال عنه مشافهة، وكـتب إليه يسأله فذلك جائز ويكفى وحده، وإن لم يكن مبتدأ السؤال من عند القاضى المشهود عنده، وكان القاضى الذى عدله هو الذى أخبر المشهـود عنده بعداله وكتب إليه بذلك، فهو بمقام مـعدل واحد يلتمس آخر فيتم تعديله أو لا يوجـد غيره فلا يتم، ثم قال لى: أصل هذا أن كل شىء لا يبدئه القاضى على الظاهر أو فى الباطن من عدالة، أو جرحة أو إخبار عن شىء، يلتـمس القاضى مـعرفـته فـلا يتم ذلك إلا بشاهدين عـدلين، وكل شىء يبـتدئ القاضى السؤال عنه لنفسه من هذا كله فى الظاهر أو الباطن، اكتفى فيه بالواحد أو أمينه ورسوله مثله فى ذلك.

تنبيه: قال فضل بن سلمة انظر فى قوله: «أو كـتب إليه» يعلمه بعداله، وليس الشاهد من عمل القاضى الـكاتب فهو بمقام معدل يلتمس مـعه آخر، وانظر كيف أجاز بشهادة الرجل بكتاب دون المشافـهة ودون الإشهاد عليه، وانظر فى هذا وفى قوله قبل هذا، كيف جـاز للقاضى الذى هو من عمله أن يبتدئه بالكتـاب، فيجوز تعديله وحده.

تنبـيه: وليس من هذا الباب مـا يوجد فى ديوان القاضى، فـإذا وجد فى ديوان القاضى أن عند فلان بن فـلان من الأموال التى عندنا كذا، أو قال من مـال اليتيم فلان كذا وكذا، وأنكر الأمين أن يكون عنده مما ذكر القاضى فى ديوانه شىء حلف وبرئ، وكان القاضى لذلك المال ضـامنًا حيا كان أو ميتـا، لأنه قد تعدى وعرض المال للتلف إذ لم يشهد عليه، وليس يؤخـذ الأمناء بما وجد فى ديوان القضاء، أنه عندهم إلا بإقرارهم بذلك عند الإشهاد به؛ من «مختصر الواضحة».

فصل: ولا يشـترط فى العـمل بكتاب القـاضى، أن يأذن الإمام للقـاضى فى ذلك، لأن ذلك فـى ضــمـن ولايتــه إلا أن ينهـــاه عن الكتـب فـلا يـكون له

ذلك، واشترط ذلك بعض العلماء خارج المذهب، وكذلك لم يفرق مالك بين المواضع القريبة والبعيدة ولا بين سائر الحقوق، فأباح ذلك فى الحقوق والأحكام كلها.

فصل: وأما من ولاه أحد من قضاة الإمام مستعينًا به فى الجهات فواجب على المستخلفين قبول كتب من ولاهم واستخلفهم، وكذلك يجب على من ولاهم قبول كتبهم، وهل يجوز للمستخلفين بفتح اللام التخاطب فيما بينهم؟ وأن يقبلوا كتاب قاضى بلد غيْر من ولاهم، ويقبل خطابهم من لم يولهم، أما تخاطبهم فيما بينهم فينبغى أن يعود الحكم فيه إلى إذن الذى ولاهم، فإن أباحه لهم جاز، وإن قصرهم فى ذلك على مخاطبته فقط لم يكن لهم غير ذلك، لأن نظرهم موقوف على نظره، ولا ينبغى أن يكاتبهم قاضى بلد غير من ولاهم، وليكن كتابه إلى الذى ولاهم، والذى ولاهم هو الذى يكتب إن كان الحق قبلهم، وكذلك لا ينبغى أن يقبل منهم أحد من ولاة الأمصار غير من ولاهم كتابًا ولا حكمًا فى شىء، إلا أن يكون ذلك كله بإذن الذى ولاهم وإمضائه ذلك قبلهم، وأما من كان استخلافه بإذن الإمام فرتبتهم فى ذلك كرتبة الذى ولاهم سواء؛ من «التنبيه».

*****

الباب الثامن والأربعون

فى القضاء بكتاب القاضى

إلى أمينه وكتاب أمين القاضى إليه

وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: قال لي مطرف وابن الماجشون وأصبغ: ولا ينبغى للقاضى إذا شهد عنده من لا يعرف من غير أهل بلده، أن يكتب فى تعديله إلا إلى قاضٍ رضى حاله ويثق باحتياطه فيما حمل من أمر من ولى النظر له، فإن لم يثق به فلا يكتب عليه فى تعديل من شهد عنده، ولا فى حكم يفوض إليه أو ينفذه له ولا فى شىءٍ من أمور الناس، ولكن إن كان فى الكورة رجال ترضى حالهم ويؤمن من غفلتهم كتب إليهم، وإن لم تكن رجال فرجل واحد على هذه الصفة يكتب إليه، فيسأله عن الشاهد عنده وعما أحب من أموره، ثم يعمل على ما يأتيه من عنده أو من عندهم إن كانوا جماعة، وليكتف فى ذلك برسوله الذى يأتيه بالكتاب إذا صح عنده وكان مأمونًا، وإن كان الخصم هو الذي سار بالكتاب فلا يقبله حتى يأتيه بشاهدين يشهدان: أنه كتاب القاضى أو الأمين أو الأمناء الذين كتب إليهم، وسئل عن ذلك ابن القاسم فقال مثله.

فرع: ولو كان للقاضى فى نواحى عمله رجال يكتب إليهم فى أمور الرعية بتنفيذ الأقضية وأشباه ذلك، فلا بأس أن يقبله بالشاهد الواحد ومن الثقة يحمله إليه، وبمعرفة الخاتم لتقرب المسافة واستدراك ما يخشى من التعدى، وأما إذا ما اعترف العمال فلابد من البينة.

فرع: قالوا: وما كتب به القاضى إلى قاضى الجماعة أو الفقيه يسأله عن أمر ويسترشده فيه مما يردّ عليه من الحكومة بين الخصوم، فإن أتاه برسوله أو من يثق به أو عرف خطه وكتابه إليه فليقبله، إلا أن يأتيه به الخصم الذى المسألة له، فلا نرى أن يقبله إلا بشاهدى عدل.

*****

الباب التاسع والأربعون

فى القضاء بمشافهة القاضى للقاضى

وحكم الحاكم بما شافهه به حاكم آخر على وجهين:

أحدهما: أن يكون القاضيان ببلد واحد، فيشافه أحدهما الآخر بما ثبت عنده من شهادة أو حكم، فيحكم الآخر بذلك أو ينفذ الحكم، قال ابن عبد السلام: إلا أن هذا الوجه قليل الجدوى، لأنه إذا اتحد البلد تمم الأول بنفسه ما أراد إنهاءه إلى الثانى، اللهم إلا أن يعرض للأول عارض من مرض وشبهه مما يمنعه من التمام.

الثانى: أن يمتاز كل واحد منهما فى طرف عمله، فإذا اجتمعا كل واحد فى طرف عمله فأنهى أحدهما إلى الآخر مشافهة ما يريد إنهاءه إليه، فيلزم الآخر العمل بمقتضاه وذلك أقوى من الشهادة، ولم يعدوه من حكم القاضى بعلمه.

فرع: فلو كان المنهى فى غير الجهة التى هو والٍ عليها، فأنهى إلى قاضيها شيئًا لم يسمع قاضى الجهة لأنه معزول فى هذه الجهة، وفى «أحكام ابن سهل»: قال القاضى أبو الأصبغ بن سهل: ورأيت فقهاء طليطلة يجيزون إخبار القاضى المحتل بذلك البلد قاضى البلد به، وينفذ ويرونه كمخاطبته إياه.

فرع: قال ابن سهل: وفى كتاب «منهاج القضاء» لابن حبيب: وسألت أصبغ عن القاضى يبعثه الإمام إلى بعض الأمصار فى شىء نابه من أمور الناس، فيأتيه رجل فى ذلك المصر ببينة ويسأله أن يسمع منه ويذكر أن له حقا قبل رجل من أهل عمله وهو غائب بعلمه، ويذكر أن شهوده بهذا المصر، ويسأله أن يسمع منهم أيجيبه إلى ذلك ولا يرى به بأسًا؟ قال: نعم يسمع من بينته ويرفع شهادتهم ويسأله تعديلهم وإن شاء سأله قاضى ذلك المصر عنهم، فإن أخبره عنهم بعدالة اجتزى بذلك لأنهم من أهل عمله.

فرع: ولو اجتمع الخصمان عنده بذلك المصر فأرادا المخاصمة عنده والشىء الذى يختصمان فيه فى بلد ذلك القاضى الغائب عن نظره لم ينظر بينهما، لأنهما حين

اجتمعا فى ذلك المصر قد صار أمرهما إلى قاضيه، إلا أن يتراضيا عليه كتراضيهما بعدل يحكم بينهما ويلزمهما إن قضى بالحق.

فرع: قال ابن سهل: ونزلت من هذا المعنى مسألة سألت عنها شيخنا ابن عتاب، وذلك فى القاضى يحل بغير بلده وقد كان ثبت عنده ببلد حق لرجل، فسأله الذي له الحق أن يخاطب له من موضع احتلاله قاضى موضع مطلوبه بما كان أثبته عنده ببلده، فقال لى: لا يجوز له ذلك، قلت: فإن فعل؟ قال: تبطل، ثم قال لى: وليس يبعد أن ينفذ ذلك قلت: فإن كان الرجل الذى ثبت عليه الحق بموضع احتلاله، فأعلم قاضى ذلك الموضع مشافهة بما ثبت عند المخبر بذلك، وينفذه كما يشهد عنده بما يجرى فى مجلسه من إقرار وإنكار ويقضى به؟ فقال: ليس مثله ولكن إن أشهد هذا القاضى المخبر بذلك شاهدين فى منزله، وشهدا بذلك عند قاضى الموضع نفذ وجاز.

فرع: وفى كتاب «أدب القضاء» لمحمد بن عبد الحكم: وإذا حج القاضى فنزل مصر أو غيرها فأتاه قوم من أهل عمله يسألونه أن يسمع من بينتهم على رجل فى عمله، أو كان قد شهد عنده شهود فى عمله فأرادوا منه أن يكتب إلى والى العراق، ويشهد على كتابه بذلك أو إلي مكة أو يحكم لهم بحكم قد شهد عنده عليه قبل ذلك، فليس له ذلك لأنه ليس والى ذلك البلد، فليس له أن يسمع من بينته فيها ولا ينظر فى بينة أحد ولا يشهد عنده أحد إلا ببلده، وأما إن كان قد شهد عنده أحد ببلده فأراد أن يسأل عنهم حيث هو فذلك له، وقد قدم أنه إذا سأل عن ذلك قاضى البلد فأخبره بعدالته اجتزئ بذلك.

*****

الباب الخمسون

فى القضاء بعلم القاضى ونفوذ قوله

واختلاف القاضى والشهود بعد الحكم

وفى «مختصر الواضحة»: فإذا كان الحاكم عالما بعدالة الشاهد، حتى إنه لو لم يكن حاكم لزمه أن يعدله إذا سأل عنه، فذلك الذى يجيز شهادته على عمله ولا يستعد له لا سرا ولا علانية، وإن سأله ذلك المشهود عليه، قال مطرف وابن الماجشون: وكذلك لو لم يعلم الحاكم إلا أنه معروف العدالة قبل ذلك إذا علم الحاكم من الشاهد جرحه، حتى إنه لو لم يكن حاكما لزمه أن يجرحه إذا سأل عنه، فلا يستعد له لا سرا ولا جهرا ولا يقبل شهادته، وإن عدله المشهود له عنده بجميع أهل بلده، وليس عليه أن يرفع علمه به إلى أحد فوقه وإنما يلزمه ذلك فى الشهادات؛ وقاله ابن القاسم فى التجريح، قال أصبغ: وذلك إذا كان يحدثان ما علم به الجرحة والفساد، فأما بعد طول الزمان فأرى أن يستعد له، قال ابن حبيب: وهذا أحسن، قال فضل: وحكاه ابن عبدوس عن ابن القاسم أيضًا، وفى «المتيطية»: قال أبو عمر بن عبد البر فى «كافيه» وذكر ابن المواز أنه يقبل فيه التعديل وإن علم خلاف ذلك، لأنه عند رد الشهادة مع التعديل قاضٍ بعلمه، قال: وليس هذا بشىء لإجماعهم على أنه إن علمه القاضى غير عدل ولا رضا أنه لا يجوز له قبول شهادته.

فرع: ولو جاء شهيدان، إما مجروحان أو لم يكن الحاكم يقبلهما إلا بتعديل وهو يعلم أن الذى شهدا به حق، فلا ينبغى أن يعطيه بغير تعديل ولا بإمضاء مجروح قد كان ينبغى أن يرده، ولو كان يزيد علمه بشىء لا ينبغى أن يعطيه بلا شاهد لأنه مجروح.

فرع: وفى «مختصر الواضحة» فى «باب الحكم بين الخصمين أحدهما ممن لا تجوز شهادته له» قال: وإذا شهد عند القاضى من لا تجوز شهادته له وسمع منه وقبل شهادته على علمه إن كان عنده علم، وليس مثل تعديله إياه عند غيره من

الحكام لأن يقبل الحاكم الشهادة على علمه بعدالته، ولا يجوز له أن يحكم له بدرهم واحد على علمه.

فرع: قال ابن رشد: ويقبل قول الحاكم إذا قال شهد عندى شهود فى وجه كذا، أو أنه أعذر إلى فلان فى كذا، أو أنه أجله وانقضت الآجال ولم يأت بشىء أو أنه عجزه.

فرع: وإذا شهد رجلان عند القاضى فى حق وفى علم القاضى ما فى علم الشاهدين، فلا يبيح للمشهود عليه الدفع فيهما ولا فيمن عدَلهما إذا كانا معدلين.

فرع: وإن كان قبل أحد شىء أو لأحد قبله شىء رفع ذلك إلي غيره، ووكل وكيلاً يخاصمه عنه، وإن شاء خاصم ولم يوكل، فإن رضى صاحبه أن يحكمه فى ذلك فلا يقبل ولا يجوز حكمه لنفسه إلا أن شاء، وأن يحكم عليها فيكون كالإقرار منه بما ادعاه عليه خصمه، وهذا بخلاف تحكيم الخصم لخصمه فيحكم لنفسه أو عليها، فيجوز ذلك ويمضى ما لم يكن جورًا بينا أو خطأ لم يخلف فيه؛ من «مختصر الواضحة»، قال ابن الحاجب: ولو حكم خصمه فثالثها يمضى ما لم يكن المحكم القاضى، وعلل ابن راشد القول بالتفرقة بأن خصم القاضى قد يخاف فيرضى بحكمه فى الظاهر دون الباطن.

تنبيه: قال ابن عبد السلام: وأشار بعض الشيوخ إلى أنه يتفق على أنه لا ينفذ حكم المحكم إلا إذا كان عالمًا يحكم به، وأما إن كان جاهلا فلا يجوز تحكيمه أولا ولا ينفذ، وأشار أيضًا إلى أنه إذا كان يظن به معرفة مذهب معين، وكان ذلك هو مذهب الخصمين فحكم بخلاف ما كانا يظنانه من المذهب فإنه لا يلزمهما، كما إن كان الحاكم واللذان حكماه مالكين، وهذا التنبيه يتعلق بفصل التحكيم وليس هو خاصا بالفرع المتقدم.

فرع: وفى «مختصر الواضحة» : قال مطرف وابن الماجشون وأصبغ: ولو أن رجلا أتبع آخر بمال أو دم أو حق من الحقوق، وكان الحاكم فيه شاهدًا لم تمنعه شهادته فيه، أن يقضى بين أهله بالشهود كما يقضى فى غيره، ولا ينبغى أن يقضى فيها بشهادة نفسه، ولكن يشهد له بما قبله من ذلك عند غيره من الحكام، الذين

هم أمثاله من القضاة أو ولاة السوء وأصحاب الشرطة والأمراء الذين يقضون بين الناس، وإن لم يكن معه أحد ممن وصفنا رفع ذلك إلى رجل من رعيته، وإن كانوا تحته كما فعل عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - وهو خليفة، حين قاضى رجلا إلى أبى بن كعب وأبى غير ذى سلطان، قالوا: فإن أبى المطلوب أن يرافعه عند من ذكرنا، إذا لم يكن فى البلد حاكم غير ذلك القاضى وجب على القاضى أن يجبر الخصمين على التراضى برجل يتحاكمان إليه، ثم يضع شهادته عنده فيحكم بينهما بما ظهر له.

فرع: وأما مبتدآت ما يحكم به ويقضى به فى مجلسه، فذلك مما جعل إليه أن يحكم فيه بما سمعه فى مقعده ذلك، ولا يدعو فيه ببينة ولا ما يثبت فيه وثيقة قبل أن يحكم، ولا يرده عن ذلك جحده إن نال شيئًا، ثم ذهب يفقه وينتظر أن يقرره ويشهد عليه فقال مالك وابن القاسم: لا يحكم بعلمه فى ذلك، وقال ابن عبد الملك: يحكم وعليه قضاة المدينة ولا أعلم أن مالكًا قال غيره، وبه قال مطرف وسحنون وأصبغ، والأول هو المشهور، وفى «المتيطية»: قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن فى مسألة قول ابن القاسم «أصح لفساد الزمان»: ولو أدرك عبد الملك وسحنون زماننا لرجعا عما قالاه، ولو أخذ بقولهما لذهبت أموال الناس وحكم عليهم بما لم يقروا به.

فرع: ثم إذا حكم بعلمه فى ذلك فعلى قول مالك وابن القاسم ينقضه هو كما ينقضه غيره، وقال ابن الجلاب: وأما لو أقدر به الخصم فى مجلس الحكومة فحكم به عليه فى ذلك المجلس، فلا ينقض لقوة الخلاف فيه.

فرع: وهل يحتاج الحاكم إلى إعذار إلى الخصمين فيما شهد به الشهود عنده من إقرار هذين بين يديه وفى مجلسه أم لا؟ المشهور أنه إذا انعقد فى مجلس الحاكم مقال وشهد به شهود المجلس عنده أنفذ ذلك على قائله، ولم يعذر إليه فيمن شهد به لكونه بين يديه وقطعه بحقيقته.

فرع: وإذا لم يصرح القاضى عن أسماء الشهود الذين قبلهم بزعمهم، وقضى بهم على المحكوم عليه، ولم يكن الحاكم مشهورًا بالعدل فسخ ذلك، وكان

سحنون يذهب إلى ترك الشهود فى الحكم على الغائب، لأن سحنونا يرى أن يقام للغائب وكيل يدافع عنه، وفى «الطرر»: والأول المشهور.

فرع: وفى كتاب «المقنع» لابن بطال: وإذا أمر القاضى بقتل رجل أو بقطعه أو بفقء عينه، فقال: هذا قصاص لفلان بن فلان، وفلان ذلك حاضر يدعى القصاص، فالقاضى مصدق فى ذلك كله، ولو أخذ مالا من رجل فدفعه إلى رجل آخر فقال: قضيت به عليك أو فرق بين رجل وامرأته أو أعتق عبد رجل، فقال: قضيت عليه بهذا فهو مصدق فى هذا كله، وكذلك إن أمر بحد من حدود الله تعالى يقام على رجل وقال: قضيت به عليك، وأقيم عليه بالحد ونفذ وكان مصدقًا إذا كان مستحقًا للقضاء، ونزل أمره على أنه لم يترك من الاستقصاء شيئًا إلا أتى به، ألا ترى أنه إذا قضى وسجل بقضية لم ينظر فيها من كان بعده من القضاة، لأنه ينزله على أنه قد استقصى، ولو فسر كيف قضى؟ فربما كان فى تفسيره ما يبين خطأه وما يرى من بعده رده، ولو عزل فأتبعه أصحاب ذلك كله بما قال قضيت به عليكم إذا كان قاضيًا، أو سجل قضاءه كان القول قوله مصدقًا غير مسئول ببينته.

فرع: قال سحنون: وإذا كتب القاضى لرجل قضاءً فكتب فى قضائه: سألت فلانًا البينة على ما ادعى فأتانى ببينة، فقبلت علمهم وأجزت شهادتهم، فإنه ينبغى أن يسميهم فى قضائه ويكتب وهم فلان وفلان ذلك حسن، وإن لم يكتب فى قضائه ذلك لم يضر المقضى عليه قول ذلك.

فرع: وإن قال: أشهدتكم أنى قضيت لفلان على فلان بكذا وكذا، ولم يكتب فى قضائه وسألت فلانًا البينة على ما ادعى فأتانى على ذلك بالبينة،فإنه يكون هذا القضاء صحيحًا ويجوز.

فرع: ومن «البيان والتحصيل»: قيل له: أرأيت الذى يتناول القاضى بالكلام؟ فيقول له: ظلمتنى، فقال: إن ذلك يختلف ولم يجد فيه تفسيرًا لا أن وجه ما قال: إذا أراد بذلك أذاه، وكان القاضى من أهل الفضل فإنه يعاقبه، قال القاضى أبو الوليد: إن القاضى الفاضل العدل له أن يحكم بالعقوبة على من تناوله

بالقول، وآذاه بأن نسب إليه الظلم والجور مواجهةً بحضرة أهل مجلسه، بخلاف ما شهد به عليه أنه آذاه وهو غائب عنه، لأن ما واجهه به من ذلك هو من قبيل الإقرار، وله أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه به، ويمول المال بإقراره ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة، والأصل في ذلك قطع أبى بكر الصديق - رضى الله عنه - يد الأقطع الذى سرق عقد بنته أسماء لما اعترف بسرقته وإن كان في «الموطأ»: فاعترف الأقطع أو شهد عليه له أن يحكم بالإقرار في ماله كما يحكم به فى مال غيره كان أحرى أن يحكم بالإقرار فى عرضه، كما يحكم به فى عرض غيره، لما يتعلق فى ذلك من حق الله تعالى، لأن الاجتراء على القضاة والحكام وترك المعاقبة فى مثل هذا، توهين لأمرهم وداعية إلى الضعف من استيفاء الحقوق والأحكام، والمعاقبة فى مثل هذا أولى من التجافى والعفو عنه، وكذلك قال ابن حبيب فى «الواضحة».

فرع: وفى «مختصر الواضحة» قال فضل: وسئل ابن كنانة عن القاضى يشهد أنه حكم على رجل بشهادة فلان وفلان، فينكر الشهود أن يكونوا شهدوا عنده بذلك، فقال يرفع ذلك إلى الوالى أو إلى قاض غيره، فإن كان هذا القاضى الذى أشهد بالحكم عليه بشهادة من سمى عدلاً مأمونًا لزم، وإن كان غير مأمون أبطل وابتدأ فيه الحكومة التى رفعت إليه، قال فضل وقد قاله سحنون أيضًا وزاد فقال: ولا شيء على الشهداء من الغرم لأنهم لم يقروا بالشهادة.

مسألة: وفى «مختصر الواضحة»: إذا قضى القاضى على رجل بقضية فى دين أو دار أو فى حق من جميع الحقوق، وذكر فى قضيته أن المقضى عليه عجز عما خاصم فيه، ولم ير له فى حجته وجه حق، وأنه قد ضرب له الآجال فأنكر المقضى عليه أن يكون خاصم إليه أو سمع حجته، فالقضاء له لازم وليس على المقضى له البينة أنه قد خاصمه إليه، ورأى مختلفا معه أو مترددًا عليه، وقول القاضى على المقضى عليه بما وقع فى القضية وأشهد به مقبول قليلاً كان أو كثيرًا إذا كان مأمونًا، ولم يلزم بقول القاضى وحده إذا أشهد على رجل أنه قد دفع إليه مال يتيم عنده، وما أشبه ذلك إلا بإقرار منه بذلك عند إشهاد القاضى بذلك عليه.

فصل

فى اختلاف القاضى والشهود بعد الحكم

فى «المقنع» لابن بطال: قال ابن المواز فى شاهدين شهدا لرجل بمائة دينار على آخر عند القاضى، فقضى القاضى بالدين للمطلوب على الطالب فأغرمه، وكان قد كتبه فى ديوانه بخط يده أو خط كاتبه أو لم يكتبه، فقال الشاهدان حين علما بحكمه: إنما شهدنا بالمائة لهذا على الآخر، وقال القاضى: لا بل شهدتما للآخر على هذا، فقال: إذا كانا عدلين فشهادتهما جائزة، فإن رجع القاضى عن قوله وقال: وهمت أو أشك رجع فأخذ المائة ممن هى فى يده فردها إلى الآخر، وإن قال لا أشك لم يكن له أن يرجع عليه بها، وغرمها هو لأن الشهود شهدوا بخلاف قوله وهما عدلان فيغرم المائة التى أخطأ فيها، والمائة التى كانت الشهادة بها إلا أن يكون حضر القاضى قوم عدول فشهدوا بمثل ما قال القاضى، فيرفع ذلك إلى من فوقه فيحكم بذلك على من شهد به جلساء القاضى إذا كانا عدلين فأكثر، وإن كان الأولان أعدل لأنهما شهدا بجرحتهما، ولا تجوز شهادة القاضى فى ذلك لأنه خصم.

فصل: فلو أقر أحد الخصمين عند القاضى فحكم عليه مستندًا لإقراره، ثم أنكر أن يكون أقر مضى ذلك الحكم، ولا يفيد الخصم إنكاره؛ هذا هو المشهور، وقال ابن الجلاب: إذا ذكر الحاكم أنه حكم، فأنكر المحكوم عليه لم يقبل إلا بينة على حكمه، قال اللخمى: وقول ابن الجلاب: هو الأشبه فى قضاء اليوم لضعف عدالتهم.

فرع: أما لو أنكر الخصم أنه أقر قبل أن يحكم القاضى عليه، فقال مالك وابن القاسم: لا يحكم بعلمه، وقال ابن الماجشون: يحكم ووافقه سحنون، وقالا: لا يعلم ذلك إلا من بلى بالقضاء، قال ابن راشد: وما قاله ابن الماجشون هو القياس، ولذلك جلس ولو كلف البينة لعطلت أحكام الناس.

تنبيه: قال ابن راشد: إذا لم يكن له أن يحكم بعلمه فهل يشهد بذلك عند غيره أو لا؟ قال: أما ما كان عنده من العلم قبل جلوسه للحكم فيجوز، وأما ما أقر به

عنده فى مجلس حكمه. فقال محمد: تقبل شهادته فيه، وقال أيضًا: لا تقبل كما لم يمض حكمه فيـه، وإذا فرعنا على أنها تقبل فـيرفعهـا لمن هو فوقه لا لمن هو دونه، وفى «المدونة» إذا علم السلطان الأعلى لرجل حـقا، فأراد أن يشـهد به عند قاضيه فـذلك جائز وبه القضاء وبه أفتى، وقيل: لا يشهـد عنده إذا كان شهد عند نفسه.

فرع: إذا وجد القاضى فى ديوانه حكما بخطه، ولم يذكر أنه حكم به لم يعتمد عليه لإمكان التزوير عليه، ولو شهد به عنده شاهدان فلم يذكر، فقال القاضى أبو محمد: ينفذ الحكم بشهادتهـما، وحكى الشيخ أبو عمران رواية أنه لا يلتفت إلى البينة، والأول أصح لأنه كما يمضيه غيره كذلك يجب عليه أن يمضيه.

*****

الباب الحادى والخمسون
فى القضاء بالشهادات المكتوبة
لعذر أو غير عذر

وفى «المقنع» وفى «المستخرجة» و «كتاب ابن المواز» وغيره عن مالك رحمه الله فى امرأة أشهدت على صدقة ابنتها على أن لا تؤخذ الشهادة إلا بعد موتها، قال: لا تنفع الابنة هذه الشهادة.

فرع: وفى «المستخرجة» قال عيسى عن ابن القاسم فى شاهد شهد على شيء من الأموال غير الفروج والحرية، من حيوان أو عقار لرجل يعلمه ويراه بيد غيره، يبيعه ويهبه أو يحوله عن حاله فلا يقوم بعلمه، ثم يشهد عند القاضى أن هذه الدار لفلان فيقول: لِمَ لَمْ تقم حين رأيت ذلك يباع أو يوهب؟ فيقول: لَمْ أسأل عن علمى ولم أر فرجا يوطأ ولا حرًا يستخدم، وليس على أن أخاصم، قال: لا أرى أن تجوز شهادته إذا لم يعمل بعلمه حين رأى الدار والعقار يباع، كذلك فى الفروج والحيوان إذا كانت تلك الأشياء تحول عن حالها بعلمه، قال غيره فى «المجموعة»: وهذا إذا كان المشهود له غائبًا أو كان حاضرًا لا يعلم، فأما إذا كان حاضراً يرى ذلك يباع فهو كالإقرار. قال ابن سحنون عن أبيه: لا أرى ذلك إلا فيما كان حقا لى، وما يلزم الشاهد أن يقوم به إن كذبه المدعى كالحرية والطلاق، وأما العروض والرباع والحيوان فلا تبطله شهادته، لأن رب ذلك إن كان حاضراً فهو أضاع حقه، وإن كان غائبًا فليس للشاهد شهادة، فلذلك لا يضر الشاهد إن لم يقم بها.

فرع: قال ابن كنانة فى «المجموعة»؛ فى قوم شهدوا على حبس أو أرض لرجل، أو على أن رجلا طلق امرأته أو أعتق عبده: فإذا رأوا الحبس يكتب فى المهور أو يباع ويتداول ويطول زمانه ولم يقفوا بذلك، فلا تقبل شهادهم بعد ذلك، وإن كانوا قد كلموا أو شهدوا أو كانوا غيبا أو كان لهم عذر قبلت شهادتهم، ثم ذكر فى العتق والطلاق كقول سحنون.

فرع: قال سحنون فى «المجموعة» وإن شهدوا بحنث فى عتق رقيق، وأمسكوا عن الشهادة حتى حال حول أو مضى شهر أو شهران، قال: تجوز شهادتهم إذا كانوا معه فى موضع يرونه يسترقه.

فرع: وفى «المستخرجة» عن ابن وهب عن ربيعة فيمن شهد فى عتق أو طلاق، فأخفى شهادته حتى يبيع العبد أو استحل فى ذلك الحرام ثم جاء يشهد لا شهادة له إذا كان عالمًا به.

فرع: قال أصبغ عن ابن القاسم فى رجلين شهدا على رجل أنهما رأياه سكران أو يسرق، فجرحاه بذلك فى شهادة شهد بها، فليقم عليه الحد ولا يضرهم تأخير ذلك سترا عليه.

فرع: قال ابن حبيب: قال أصبغ فى الشهود فى الطلاق يكتمون ذلك على الزوجة حتى طال ذلك ووقعت الخلوة بها: فذلك جرحة، وفى «مختصر الواضحة»: ولا شهادة لهم فى حياة الزوجة، ولا بعد موته أو موتها إلا أن يقوموا بحدثان الطلاق، وإن اعتزل مسيسها والدخول عليها كما يدخل الرجل على زوجته وهى فى بيته، وستره وكتموها ذلك، فشهادتهم ساقطة، إلا أن يقولوا ظنناها علمت وحسبنا هذا الاعتزال فواتا ولم نرد الكتمان للشهادة، فشهادتهم جائزة.

فرع: قال ابن الماجشون: ومن سمع رجلا يطلق امرأته، فعليه أن يأتى الإمام فيشهد عليه حتى يحلفه إن لم يكن معه غيره، وإن نكل سجنه حتى يحلف.

فرع: قال ابن حبيب: قال مطرف: فى امرأة أعتقت جاريتها عند موتها، وابنها لم يقدم، فأقام الابن شاهدين أنها له، وقد حضر هذان الشاهدان عتق الأم لها وسكتا عن أمرهما، وشهد آخران أنهما يعرفانها فى خدمة الأم، قال: شهيد الابن أحق ولا يضرهما حضورهما، عتق الأم؛ وقاله أصبغ.

فرع: قال ابن سحنون فى «كتابه»: كتب شجرة إلى سحنون فى عبيد ادعوا أن سيدهم حنث فيهم بالعتق، فجاءوا ببينة فشهدوا أن مولاهم فلانًا أشهدهم قبل خروجه فى سفره إلى المعسكر، أنه حنث فيهم وسماهم فهل يهمون فى شهادتهم وكيف إن لم يرفعوا ذلك؟ فكتب إليه: هذه شهادة تقبل إلا أن يكونوا حين

أشهدهم يرونه يشتغل ويستخدم، فطالبه ذلك قبل خروجه إلى العسكر فتبطل شهادتهم بذلك، فإن كان خروجه بعد الشهادة بأمد قريب فلا يضرهم إلا أن يروهم بعد خروجه يستخدمون ويشتغلون إلي يوم شهادتهم عندك فذلك لا يضر، وإن لم يعلموا بذلك وكانوا غيبًا قبل الخروج وبعده فى طول المدة فأجز شهادتهم.

فرع: وسأله شجرة عن رجل شهد عنده على رجل أنه طلق امرأته ثلاثًا منذ سنين، فقال له شجرة: لِمَ لَمْ ترفع ذلك؟ فقال: لم أدر أو نحو ذلك وهو صالح رضا، وشهد آخر أنه قال لها بالأمس أنت حرام قال: شهادة الأول ساقطة ويحلف الزوج مع شاهد الحرام.

فرع: وسأله حبيب عن رجل يدخل من زقاق المسلمين شيئًا فى داره والزقاق نافذ، ثم يرفع الجيران ذلك إلى الحاكم بعد عشرين سنة، قال: يهدم بناء الجدار ويرد ذلك إلى الزقاق إذا صحت البينة، ولا تملك الأزقة ولا تحاز وليس فيها حيازة، وقال سحنون فى موضع آخر: إذا كان أمرًا بينا من القطع من طريق المسلمين يرونه عشرين سنة لا يشهدون به فهذه جرحة، قال من أثق به هى خلاف الأولى إلا أن يكون يعنى أن ذلك ثبت بغير الذى عاينوه ورفعوه.

فرع: وفى «المقنع»: قال ابن القاسم عند مالك - رحمه الله - فيمن بينهما خصومة، فسأل أحدهما رجلين أن يمشيا إلى صاحبه ويصلحا بينهما، فأتياه فقال: أنا أخبركما على أن لا تشهدًا فقبلا ذلك منه، فاعترف به ثم تجاحدا، قال: لا تعجلا بالشهادة حتى يكادا يتجاحدا أو يكون عند آخر ذلك، فإن اصطلحا وإلا شهدا عليه.

فرع: وقال ابن نافع عنه فى الداخل بين اثنين فأصلح بينهما ثم طلبه أحدهما بما أقر له به فأبى أن يشهد، قال مالك: ما أرى بما صنع بأسا، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: وإذا أدخلا بينهما رجلين على أن لا يشهدا بينهما مثل ذلك.

فرع: وإذا أخذ رجل رجلا قد شرب خمرا ليرفعه إلى السلطان ومعه جماعة، فلم يزالوا به حتى أطلقه فأقام زمانًا ثم وقع بينه وبينه شر فأراد رفعه واستشهد

بالقـوم، قال ابن الـقاسم: ولا يشـهـدوا فى ذلك إلا أن يكون شـهد على آخـر فيخرجوه، قال ابن القاسم: وإن كان الأمير قد علم بالأمر فليكتموا الشهادة إلا أن يشهد على رجل بحق، فليشـهدوا حتى يطرحوا الشهادة إن كان مقـيمًا على حاله لم تعرف له توبة.

فرع: قال ابن القـاسم وسمعت مـالكًا يقول فى الرجلين يحـضران الرجل فى الأمر بينهما ويقولان له لا تشهد علينـا بشىء، فإنا نتقار بأشياء من أمرنا لا ندرى أيتم بيننا ذلك أم لا؟ فيتكلمان ثم يفترقان فيسأله أحدهما أن يقوم بما سمع منهما، لا أرى أن يعجل بالشهادة وليكلمهما فإن أصرا وتجاحدا شهد بما سمع منهما.

فرع: قال ابن حبـيب: قال لى مطرف وابن الماجشون وابن عـبد الحكم وأصبغ فى الرجلين يتناكران حقـا بينهما، فيجلسان بينهمـا رجلين يردان الظالم منهما عن ظلمه والمفاقم عن خطئه، ويسددان بينهما على أن لا شهادة منهما عليهما فى شىء مما يتواصفان من أمورهما، فيتواصفان ثم يسأل أحدهما الشهيدين الشهادة بما سمعا وحضرا، فلا ينبغى لهما أن يشـهدا بشىء من ذلك ما لم يريا أحدهما قد تعدى، وأصر واستـبان لهمـا أنه الظالم وأنه قد تحقق الحق لصاحـبه وما أشبـه ذلك فلا يسعهما إلا الشهادة.

فرع: وعن عيسى عن ابن القـاسم: فيمن سمع رجلا طلـق امرأته فلم يقم بها زمانا ثم قـام وأراد أن لا يذكر تاريخ ذلك خـوف أن تبطل، قال: ليـأت بها على وجهها ويذكر التاريخ.

مسألة: وفى «المقنع» أيضًا: فيمن شهد عند قـاض بحق والشاهد مجرح، فدعا رجل إلى تجـريحـه والرجل يعلم أن الذى شـهـد به الشاهد المجـروح حق، قـال سحنـون فى «المستـخرجة»: لا يسـعه تجـريحه إذا دعـا إلى ذلك لأنه يهلك ذلك الحق، وقيل: إنه يخبر بجـرحته القاضى، كما لو علمه عبـدًا أو نصرانيًا للزمه أن يجرحه بذلك، وكذلك لو كان شاهدًا معـه فى تلك الشهادة، فقال مرة: لا يخبر بجرحته ثم رجع فقال: يخبر بجرحته.

مسألة: قال ابن القاسم فى «المستخرجة» وغيرها: فى قوم شهدوا على رجل أنهم وجدوا معه ريح شراب، فيذكر الشهود أنهم أعداوه، ورجل يعلم بأنهم أعداؤه، وقد أقر عنده أنه شرب، فهل يسعه أن يخبر بعداوتهم؟ قال: ما يسعه ذلك.

مسألة: وسئل سحنون عمن عنده شهادة وهى لا تجوز، وتجوز عند القاضى كشهادة على صداق بعضه إلى غير أجل، فقال: لا يشهد فيه.

مسألة: وسئل عن شاهدين شهد أحدهما بأربعين وآخر بخمسة وأربعين، وهما إن أدياها لم يجزها الحاكم وكان هذا رأيه، فهل يسع الشاهد أن يسقط خمسة ويشهد بأربعين لتتم الشهادة؟ قال: لا بأس، وهذه الأربع المسائل ليست فى هذا الباب، وإنما هى من باب ما يلزم الشاهد رفعه ويجوز له كتمه، ذكرتها قصداً لتتميم الفائدة، وفى «مختصر الواضحة» وفى «المقنع» من ذلك مسائل كثيرة جدا.

*****

الباب الثانى والخمسون

فى القضاء بالصلح بين الخصمين

وفى «معين الحكام» لابن عبد الرفيع: وإذا خشى القاضى من تفاقم الأمر بين الخصمين، أو كانا من أهل الفضل أو بينهما رحم أمرهما بالصلح، وقال عمر بن الخطاب - رضى الله عنه: ردوا القضاء بين ذوى الأرحام حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن.

تنبيه: قال ابن راشد وغيره: ولا يأمر بالصلح إذا تبين له وجه الحكم فإن أبيا أو أبى أحدهما لم يلح عليهما إلحاحًا، بل يفصل بينهما بالواجب ويترك الحكم بينهما إذا أشكل عليه، وقال سحنون فى «كتاب ابنه»، إذا كانت شبهة وأشكل الأمر فلا بأس أن يأمرهما بالصلح.

تنبيه: وفى «الطرر» لابن عات، قال بعضهم: إنما يجوز للقاضى أن يأمرهم بالصلح إذا تقاربت الحجتان بين الخصمين، غير أن أحدهما يكون ألحن بحجته من الآخر، أو تكون الدعوى فى أمور درست وتقادمت وتشابهت، وأما إذا تبين للقاضى الظالم من المظلوم لم يسعه من الله تعالى إلا فصل القضاء؛ وانظر تمام هذا فى «آداب القضاء» أول الكتاب.

فصل: والصلح بيع من البيوع إن وقع على الإقرار، وكذا إن وقع على الإنكار عند مالك لاشتراطه فيهما ما يشترط فى البيع، وقد يكون الصلح إبراءً وإسقاطًا، كمن له على رجل مائة فيصالحه على أخذ خمسين منها، على أن يسقط الباقى وهو على أربعة أقسام: جائز، وممنوع، ومكروه، ومختلف فيه.

فالجائزة: الصلح على الإقرار بما تصح المعاوضة به.

والممنوع: الصلح على الإقرار بما لا تصح المعاوضة به.

والمكروه: ما يؤدى إلى أسلفنى وأسلفك، مثل أن يدعى كل واحد على صاحبه بدنانير فينكره صاحبه، فيصطلحان على أن يؤخر أحدهما صاحبه بما يدعيه عليه إلى أجل.

والمخلف فيه: الصلح على الإنكار وهو جائز عند مالك خلافًا للشافعى واختلف أيضًا فى الصلح على القذف وسيأتى.

فصل

يشترط فى المُصَالِح والمُصَالَح أهلية المعاملة

ويجوز للرجل أن يصالح عن غيره بوكالة أم بغير وكالة، وذلك مثل أن يصالح رجل رجلاً عن دين على رجل آخر ويلزم المصالح ما صالح به.

فرع: ويجوز الصلح على الإنكار وعلى الافتداء من اليمين وذلك مروى عن عثمان وابن مسعود، ولا مخالف لهما وذلك جائز فى ظاهر الحكم، ولا يحل منهما أن يأخذ شيئًا.

فرع: فلو أقر المطلوب بعد ذلك نقض الصلح، لأنه إنما صالحه غلبة، فلو ثبت الحق ببينة لم يعلم بها الطالب فله نقض الصلح، وقيل: ليس له ذلك لأنه مفرط فى الاستعلام والبحث.

فرع: واختلف فى الصلح على القذف فمنعه فى «المدونة» وأجازه سحنون، وقال أشهب: الحدود التى لا يجوز الصلح فيها هى ما لا يجوز فيه العفو كالسرقة والزنا، وما جاز فيه العفو جاز فيه الصلح.

فرع: وصلح الأب أو الوصى عمن فى حجرهما جائز، ولا يجوز أن يسقط من حقه شيئًا على غير وجه النظر، وفى «مفيد الحكام» فى الأب يصالح عن ابنته البكر ببعض حقها من ميراث أو صدقة أو غير ذلك، وحقها بيِّن لا خصام فيه، أن صلحه غير جائز إذ لا نظر فيه، وترجع الابنة بقيته على من هو عليه، ثم لا رجوع له على الأب إلا أن يتحمل له بما يدركه فى ذلك من درك، ولو كان عديمًا طالبت أباها به، وهو قول جميع أصحاب مالك.

فرع: وفى «الطرر» لابن عات: وصلح الوصى عن اليتيم فيما طلب به أو طلب منه، فى أن يأخذ بعض حقه ويضع بعضه إذا خشى أن لا يصح له ما ادعاه، أو بأن يعطى من ماله ما يطلب به إذا خشى أن يثبت عليه جميعه جائز؛ قاله ابن القاسم فى «سماع أصبغ»، وقال ابن الماجشون: يجوز أن يأخذ بعض حقه ويضع بعضه إذا خشى

ذلك بخلاف أن يصالح عنه ببعض ما طلب منه، قال ابن رشد: والصواب ما قاله ابن القاسم ولا فرق بينهما، وفعل الوصى محمول على النظر حتى يثبت خلافه، فإن قام أحد بنقضه نظر فيه القاضى، فإن رأى فيه ضرراً باليتيم نقضه؛ قاله ابن القاسم.

فرع: وفى «الكافى» لأبى عمر بن عبد البر: فى الصانع تضيع عنده السلعة ويغرم قيمتها، ثم توجد أنها للصانع، وكذلك لو ادعى على رجل أنه سرق عبده فأنكره فصالحه على شىء ثم وجد العبد، قال ابن رشد فى «سماع يحيى»: هو للمدعى عليه، ولا ينقض الصلح معيبًا كان أو صحيحًا إلا أن يجده عنده قد أخفاه فيكون لربه، وفى «التهذيب»: فى المكترى يتعدى بالدابة موضع الكراء فتضل فيغرم قيمتها ثم توجد هى للمكترى.

فرع: وفى «الطرر» على «التهذيب» لأبى إبراهيم الأعرج، قال عيسى بن دينار: لو أن لرجل على رجل وثيقة بذكر حق فضاعت وأنكره المطلوب، المطلوب، فصالحه ببعض حقه ثم وجد الوثيقة، حلف ويرجع بما بقى عليه من حقه.

فرع: إن وقع الصلح بين ورثة وضمن حاضرهم فأمر غائبهم فأنكر الصلح، أو ادعى الغائب شيئًا لم يجز الصلح وفسخ.

فرع: قال ابن راشد إن تقيد عليه فى عقد الصلح أنه أسقط البينات لم يكن له القيام سواء كان عالمًا بها أو لا، قال حمديس: إذا صالح وله بينة لم يرجع بشىء وإن أقر له المطلوب، وإن لم يتقيد عليه ذلك فله القيام ببينة لم يعلم بها بعد يمينه أنه لم يعلم بها، وتكون يمينه بعد القيام وقبول الحاكم لها.

فرع: ويجوز صلح ولى المقتول للقاتل على خروجه مرتحلا من بلد المقتول، فإن عاد إليه عاد المطلب عليه، فإن ثبت وجب للأولياء القصاص فى العمد والدية فى الخطأ.

فرع: إذا أشهد فى السر أنه إنما يصالحه إنكاره، وأنه متى وجد بينة قام بها فالصلح غير لازم إذا ثبت إنكاره وثبت الحق، وغاية ما عليه اليمين أنه ما علم بينته، وقال مطرف: لا ينفعه ما أشهد به فى السر، وقد ذكرت هذه المسألة وقول ابن مزين فيها فى «باب القضاء بشهادة الاسترعاء».

*****

الباب الثالث والخمسون

فى القضاء بالإقرار

قال ابن راشد: حقيقته الإخبار عن أمر يتعلق به حق للغير، وحكمه اللزوم وهو أبلغ من الشهادة، قال أشهب: قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره، ومن لم يجز إقراره على نفسه من صغير وشبهه لم تجز شهادته على غيره، وللإقرار أربعة أركان: الصيغة، والمقر، والمقر له، والمقر به.

الركن الأول الصيغة:

وهى لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على توجه الحق قبل المقر، ولا خفاء بصرائح ألفاظه، ويقوم مقام اللفظ الإشارة والكتابة والسكوت، فالإشارة من الأبكم ومن المريض، فإذا قيل للمريض لفلان عندك كذا؟ فأشار برأسه أن نعم فهذا إقرار، إذا فهم عنه مراده والكتابة مثل أن يكتب بيده بمحضر قوم، وقال: اشهدوا على بما فيه فذلك لازم وإن لم يقرأه عليهم.

فرع: لو كتب رسالة لرجل غائب إن لك على كذا لزمه، فإن جحد وقامت البينة أنه كتبه أو أملاه لزمه ويلزمه أيضًا كل ما فيه من الطلاق وغيره، خلا الحدود فله أن يرجع عنه ويؤخذ بغرم السرقة ولا يحد.

فرع: ولو كتب فى الأرض لفلان على كذا، وقال اشهدوا على بهذا لزمه، وإن لم يقل اشهدوا لم يلزمه، ولو كتب ذلك فى صحيفة أو لوح أو خرقة لزمه إن شهد أنه خطه بخلاف كتابته فى الأرض.

فرع: وفى «أحكام ابن سهل»، قال مالك: فى الرجل يقر لقوم أن أباهم كان أسلفه مالا وأنه قد قضاه إياه أنه إن كان أمد ذلك قريبًا، والزمن غير متطاول لم يصدق إلا ببينة على القضاء، وإن تطاول زمان ذلك أحلف المقر وكان القول قوله ولم يجد الطول فانظره.

فرع: والسكوت مثل الميت تباع تركته وتقسم وغريمه حاضر ساكت لم يقم فلا قيام له إلا أن يكون له عذر.

مسألة: وقال ابن القاسم فيمن سئل عند موته، هل لأحد عندك شيء؟ فقال: لا، قيل له: ولا لامرأتك؟ والمرأة ساكتة وهى تسمع فإنها تحلف أن حقها عليه؛ تريد إلى الآن وتأخذه إن قامت لها به بينة، ولا يضرها سكوتها؛ من «المذهب» لابن راشد.

فرع: وقال ابن القاسم فيمن أتى إلى قوم فقال: اشهدوا أن لى كذا وكذا على هذا الرجل، والرجل ساكت ولم يسأله الشهود عن شيء، فلما طولب أنكر قال: لا بل يلزمه بسكوته.

فرع: وقال ابن القاسم: فيمن قال لرجل: فلان الساكن فى منزلك لمَ أسكنته؟ فقال: أسكنته بلا كراء، والساكن يسمع ولا ينكر ولا يغير، ثم ادعى أن المنزل له قال: لا يقطع سكوته دعواه إن أقام البينة أن المنزل له ويحلف، لأنه يقول ظننته يداعب.

تنبيه: وفى «وثائق أبى إسحاق الغرناطى»: ومن أقر لرجل أنه لا حق له عليه برئ من الحقوق الواجبة من الضمانات والديون، فإن أقر أنه لا حق له عنده أو قبله برئ من الضمانات والأمانات.

الركن الثانى المقر:

إقرار الرجل إما على نفسه أو على غيره أو على نفسه وغيره، فإن أقر على نفسه وهو رشيد لزم أقر بمال أو بقصاص، ولا ينفعه الرجوع وإن أقر بما يوجب عليه الحد كالزنا والسرقة، له الرجوع لكن يلزمه الصداق والمال.

فرع: ولو كان مكرها لم يلزمه، ولو كان محجورًا عليه لحق نفسه كالصغير، ولم يلزمه إلا أن يدعى إن احتلم فى وقت إمكانه إذ لا يعرف إلا من جهته، والمجنون مثله.

فرع: ولو حجر عليه غيره كالمفلس والعبد والمريض، فأحكام إقرارهم مشهورة مبسوطة فى كتب الفقه.

مسألة: وإذا أقر لك غريمك بإثنى عشر دينارًا، وثبت قبضك لتسعة دنانير ببينة أو إقرار وله بينة بأداء ثلاثة، فزعمت أنها من التسعة فالقول قوله بأنها سواها.

مسألة: وأما إقراره على غيره فإن كان سببه منه كقتل الخطأ وجراح الخطأ التى فيها ثلث الدية، فإقراره غير لازم، وما كان دون ثلث الدية لزمه فى ماله وإن لم يكن سببه منه، كإقراره فى عبد زيد أنه لعمرو فلا يقبل إقراره.

مسألة: وأما إقراره على نفسه وغيره فيقبل فى حق نفسه ويكون شاهدًا لغيره، فلو قال: لفلان على وعلى فلان ألف درهم فعليه النصف ويحلف الطالب معه، فإن نكل أو كان غير عدل فلا شىء له غير النصف.

الركن الثالث المقر له:

ويشترط أن يكون أهلا للاستحقاق ولا يكذب المقر، فلا يصح الإقرار للجماد والحيوان، وإذا كذب المقر ثم رجع لم يفده رجوعه، إلا أن يرجع المقر إلى الإقرار.

الركن الرابع المقر به:

وهو ضربان نسب ومال، فالأول: هو الاستلحاق ومسائله مشهورة، وأما الإقرار بالمال فهو نوعان مطلق ومقيد، والمطلق ما صدر غير مقترن بما يقيده أو يرفع حكمه أو حكم بعضه، والمقيد إما أن يكون مقيدًا بالمحل أو بالعلم أو بالغاية أو بالخيار أو بالشرط أو بالاستثناء أو على جهة الشكر أو الذم أو الاعتذار أو عقيب الإقرار بما يبطله، فالمحل كقوله غصبت فلانا ثوبا فى منديل أخذ بالثوب والمنديل وصدق فى صفتهما؛ قاله سحنون وقال ابن عبد الحكم: لا يلزمه المنديل والعلم كقوله له: على ألف درهم فيما أعلم، أو فيما أظن أو فيما حسبت أو فيما رأيت فهو إقرار؛ قال سحنون وقال ابن المواز وابن عبد الحكم: إذا قال فيما أعلم أو فى علمى أو فيما يحضرنى فهو شك لا يلزم، والغاية كقوله له على ما بين درهم إلى مائتى درهم لزمه مائة وتسعة وتسعون، ولو قال ما بين درهم إلي عشرَة لزمه تسعة، وقيل: يلزمه عشرة، وكذلك من درهم إلي ثلاثة فيلزمه ثلاثة، والخيار كقوله له: على ألف درهم على أنى بالخيار يومين أو ثلاثة، فقيل: يلزمه ويكون الخيار كالآجل، وقيل: الخيار باطل، والشرط كقوله: على مائة إن حلف، أو إذا حلف أو متى حلف، فقال المقر: ما ظننت أنه يحلف لم يلزمه إقراره

إجماعًا، والاستثناء كقوله: على ألف إن شاء الله لزمه، ولا ينفعه الاستثناء بالمشيئة، وقال ابن عبد الحكم: لا يلزمه لأنه أدخل ما يوجب الشك، وكذلك لو قال: إن قضى الله ذلك أو إن أراد الله لزمه، كقوله: إن شاء الله تعالى؛ قاله سحنون، وقال ابن المواز وابن عبد الحكم: لا يلزمه، ولو قال: إلا أن يبدو لى أو إلا أن أرى غير ذلك لزمه، ولو قال: له على مائة إلا شيئًا لزمه أحد وتسعون، ومسائل هذا النوع مذكورة فى محلها لا نطول بذكرها، والشكر مثل قوله: اشهدوا أنى قبضت من فلان مائة دينار كانت لى عليه، وأحسن قضائى جزاه الله خيرًا، فقال الدافع: إنما أسلفتها له، فالذى قال أسلفتها له مصدق إلا أن يأتى الآخر ببينة أنه كان يتقاضاه فى دينه قبل ذلك، وقيل: هو مصدق، وقيل: إن كان إقراره بذلك فى مجلس القاضى لم يصدق إلا ببينة، وإن كان على وجه الحكاية لقوم صدق.

فرع: قال أصبغ عن ابن القاسم: سمعت مالكا يقول فى الإقرار بالسلف وقضائه على وجه الشكر والثناء لا يلزم المقر وهو مصدق فيما طال زمانه، وإن كان فيما وقته قريب أخذ بإقراره، وقال مطرف وابن الماجشون: وكل من أقر بحق عند قوم في مساق حديث يحدثهم، أو شكرٍ شكر به أحد فأثنى عليه به لما قد مضى من سلف وغيره من الحقوق، ثم ادعى المقر له ذلك وقال: قد أسلفته كما ذكر ولم أقبض، وقال الآخر: قد قبضته وإنما ذكرت إحسانه إلى وأثبته عليه به فلا يلزمه ذلك المقر به، إذا كان على هذه الجهة، ولا ينبغى للقوم أن يشهدوا بذلك، فإن جهلوا أو شهدوا بذلك على جهته وكما كان ساقه لم يجز للسلطان أن يأخذه به، وهكذا سمعت مالكا يقول: وجميع أصحابنا، والذم كقوله: كان لفلان على دينار فأساء تقاضى ذلك -لا جزاه الله خيرًا- وقد فعه له، فقال الآخر: ما تقاضيت منك شيئًا، فإن المقر يغرم الدينار؛ قاله ابن القاسم، وليس هذا عنده كالمقر على الشكر، وقال ابن الماجشون فيمن قال لقوم أسلفنى فلان مائة دينار وقضيته إياها: أنه مصدق، ولو قالها عند سلطان لم يصدق إلا ببينته، قال ابن حبيب: لأن ما كان من أمر جره الحديث والإخبار عن حال الشكر والذم فلا يؤخذ به أحد، بخلاف الإقرار فى موضع القضاء والاعتذار، مثل أن يقول للسلطان فى الجارية ولدت منى، أو العبد مدبر لئلا يأخذهما منه فلا يلزمه، وكذلك لو سأله

ابن عمه منزلاً فقال: هو لزوجتي، ثم سأله فيه ثان وثالث من بنى عمه وهو يقول ذلك، فقامت امرأته بذلك فقال: إنما قتلته اعتذارًا قال مالك: لا شيء لها، وقد روى ابن القاسم فيمن سئل أن يكرى منزله فقال: هو لابنتى حتى أساورها، فقامت الإبنة فيه قال: لا ينفعها ذلك إلا أن تكون حازت ذلك ولها على الصدقة والحيازة بينة، قيل له: ولو كانت صغيرة؟ قال: ليس لها شيء قد يعتذر بهذا؛ يريد منعه.

مسألة: وفى «وثائق الغرناطى»: ومن سئل عن شيء فقال: هو لفلان لم يلزمه هذا الإقرار، بخلاف ما إذا قال وهبته أو بعته من فلان فإنه يلزمه، والرافع مثل أن يقر بشيء ثم يعقبه بما يبطله ويرفع حكمه فإنه يبطل إلا أن يخالفه المقر له، مثل أن يقول له: عندى ألف من ثمن خمر أو خنزير، وقال ابن شاس: لا يلزمه شيء إلا أن يقول المقر له بل هى من ثمن بر فيلزم مع يمين الطالب.

*****

الباب الرابع والخمسون

فى القضاء باجتهاد الحاكم

قال ابن الفرس فى «أحكام القرآن» فى قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]، دليل على جواز الاجتهاد فى الأحكام بغالب الظنون، وروى عن قتادة قال: كان الرضاع واجبا فى الحولين وكان يحرم الفطام قبله ثم أبيح أقل من هذه المدة بهذه الآية، وفى «مفيد الأحكام»: قال مالك: إن الله وسع على هذه الأمة بالاجتهاد؛ وذكره فى شهادة السماع.

مسألة: من ذلك امرأة المفقود فى المعترك يتلوم لها الإمام بالاجتهاد فيما قرب من الديار، بعد انصراف من انصرف وانهزام من انهزم، ثم تعتد وتتزوج، وروى بعد سنة، وروى سنة فيها العدة.

فرع: والحربى إذا قدم تاجرًا ودخل إلى بلادنا بأمان مطلق، ولم يقدر الإمام عليه ما يؤخذ منه، فالمشهور أن ذلك راجع إلى اجتهاد الإمام فيجتهد فى قدر ما يؤخذ منه لأنه يجتهد مطلقًا، بحيث أنه لو أراد ترك الأخذ منه كان له ذلك، ومقابل المشهور أن عليه العشر كالذمىّ، وفى ابن عبد السلام قال ابن القاسم وأشهب: لا يزاد على العشر؛ وقال أصبغ: إذا كانوا معروفين بالنزول قبل ذلك على العشر.

فرع: وكذا الحربى إذا قدم من بلاده مريدًا للإقامة فى بلادنا على عقد الذمة وضرب الجزية فإن السلطان ينظر فى ذلك بالأصلح للمسلمين.

فرع: وكذلك جواز إعطاء أمير الجيش الأمان للعدو الذى خرج لقتاله، وتأمين بعضهم إما مطلقًا مثل أن يقول لجماعة أنتم آمنون، فإن أرادوا البقاء فى بلاد المسلمين ويؤدوا الجزية فلهم ذلك، وإن أرادوا الرجوع فهم آمنون حتى يبلغوا مأمنهم، أو مقيدا والقيد يكون بزمان أو مكان أو صفة، مثل أنه آمن فى نفسه دون ماله، وذلك إذا رأوا أن المصلحة فى عدم قتالهم، ويفعل الأمير ذلك بعد الاجتهاد ومشورة من يثق به من ذوى الرأى، وينظر للمسلمين بالمصلحة، ولأجل ذلك قدم

الأمراء على الناس، قال ابن عبد السلام: وإذا جاز هذا الأمير فلأن يجوز لأمير المؤمنين أولى، ولا يجوز اتباع الهوى فى شىء من ذلك، ولا اتباع الصالح وترك الأصلح.

فرع: والمعسر بالنفقة يطلق الحاكم عليه بعد التلوم والاجتهاد فقيل: بعد شهر، وقيل: شهران، وقيل: ثلاثة أيام، والصحيح أنه يختلف باختلاف الرجاء، فلو آيس من يسره فى تلك المدة طلق عليه بلا ضرب أجل، وينبغى للحاكم أن يجتهد فى تحقيق الإعسار، وهل ذلك الزوج ممن يطلق عليه بالإعسار؟ فقد قال مالك: لو زوجت رجلا حاله مثل حال أهل الصفة لم يكن لها التطليق بسبب الإعسار لدخولها على ذلك.

فرع: وإذا وصى لمزيد وللفقراء بالثلث أعطى زيد بقدر حاجته بالاجتهاد.

فرع: وإذا قال: دارى حبس فقط ولم يجعل لها مخرجا، فقال مالك: تكون فى الفقراء، قيل له: إن الدار بالإسكندرية، قال: قد يجتهد الإمام فيها وله فى ذلك سعة؛ من «المقنع».

فرع: وكذلك العبيد الحبس إذا لم تمكن مؤاجرتهم فيما يقيم عيشهم، فإنهم يباعون وقسم أثمانهم فى سبيل الله إن رأى ذلك الإمام، أو يشترى به خيلاً أو سلاحًا فيما يجتهد فيه برأي أهل الاجتهاد، وكذلك الثياب إذا اختلفت فحينئذ ينظر: فإن كان فيما يبقى منها ثمن بيعت، ويجعل ثمنها فى شأن الغزو على رأى الاجتهاد.

فرع: وكذلك في قسم غلة الحبس بين أهله، يجتهد ويفضل أهل الحاجة والعيال والزمنى على غيرهم.

فرع: وإذا أسر الإمام العدو عجما كانوا أو عربا فالإمام مخير في خمسة: القتل، والاسترقاق، وضرب الجزية، والمفاداة، والمن، إذا كان ذلك نظر، وهذا التخيير بحسب المصلحة والاجتهاد، لا أنه يفعل أيها شاء بهواه.

فرع: وكذلك ما يقطعه الإمام، فإنه يقطع من شاء بالنظر والمصلحة للمسلمين، وليس للإمام أن يقطع غير الموات إلا متاعًا أو تمليكًا.

فرع: وكذلك ما يفعله الإمام بالمحارب من القتل أو الصلب، ثم القتل أو قطع الأيدى والأرجل من خلاف موالاة أو النفى، فتعيين أحد هذه الأمور للإمام يفعل باجتهاده ما يراه أنفع فى الزجر.

فرع: وكذلك عقد الصلح بين المسلمين والكفار، يجتهد للمسلمين بالمصلحة فى ذلك.

فرع: وعقوبة المرأة المساحِقة، قال ابن القاسم: ذلك إلى اجتهاد الإمام.

فرع: وكذلك أدب الكافر فى اللواط.

فرع: ومن ذلك تقدير النفقات للزوجات والأولاد والأبوين.

فرع: وكذلك تأجيل الأخذ بالشفعة؛ قيل: ثلاثة أيام، وقيل: عشرة، وقيل: خمسة عشر إلى عشرين، والأصل أنه راجع إلى اجتهاد الحاكم؛ من «أحكام ابن سهل».

فرع: إذا استمهل المدعى عليه الحاكم أن لا يجعل عليه بالحكم لأجل حساب وشبهه، فإنه يمهله اليومين والثلاثة بكفيل يوجهه، وقيل: ما يرى الحاكم.

فرع: والتعزيرات ترجع إلى اجتهاد الحاكم ونظره بقدر الجناية، وحال الجانى والمجنى عليه حتى تقع المؤاخذة على وفق ذلك من غير حيف منه، وهذا مبسوط فى «باب القضاء بالتعزير».

فرع: والسن المضطربة جدا بقدر ما بقى فيها من النفعة فيأخذ بقدرها بالاجتهاد، وكذلك فيما نقص منه منفعة القيام والجلوس يأخذ بحسابه بالاجتهاد، وكذا فى العين القائمة الاجتهاد.

فرع: ومن أوصى بعتق عبد يشترى لتطوع أو ظهار ولم يسم ثمنا أخرج بالاجتهاد على قدر المال.

فرع: وكذا أرض العنوة يجتهد الإمام فيها ومن حضره من المسلمين، فى قسمها بين أهل المغنم أو وقفها خراجا للمسلمين.

فرع: ومن ذلك ضرب القضاة الآجال فى الإعذار فى الحكم وفى الغيبة، إذا قامت المرأة بعدم النفقة وسألت الطلاق، وفى ضرب الأجل فى بيع العقار فى الدين، وذكر ابن سهل: أنه ليس لهذا حد محدود لا يتجاوز، وإنما هو لاجتهاد الحاكم وقد يزيد على ذلك، وقد تقدم الكلام على الآجال.

فرع: وفى «الطرر»: ويصح الإجبار على النكاح بعد البلوغ مع الثيوبة، إذا ظهر منها الفساد ولم يقدر وليها على صيانتها، أو لم يكن لها ولى يصونها، واستحسن أن يرفع ذلك مع عدم الأب إلى الحاكم فيجتهد فيمن يزوجها منه، وإن زوجها ولى من غير حاكم مضى فعله.

فرع: إذا وجب على العاقلة حمل نصف الدية أو ثلاثة أرباعها، فروى عن مالك أن تقسيطها على العاقلة موكول إلى اجتهاد الإمام، وروى أنها تقسط فى سنتين، وكذلك مقدار ما يقسط على كل رجل من العاقلة موكول إلى اجتهاد الإمام، لأنه ليس لما يؤخذ منهم حد، لأنه لم يرد فى ذلك تحديد وإنما هو مواساة، فينظر الإمام فى ذلك وقد كان يحمل على الناس فى عطياتهم من كل مائة درهم ونصف، وقال ابن القاسم: من كل مائة درهم.

فرع: قال ابن القاسم: كان مالك -رحمه الله- لا يوقت فى الحيازة لا عشر سنين ولا غيرها، وكان يرى ذلك على قدر ما ينزل به الأمر يرى فيه الإمام رأيه، وذهب ابن الماجشون إلي ذلك، فإن ذلك قد يكون بعضه أقوى من بعض، وذهب ابن القاسم إلى العشر وما قاربها وعليه العمل.

*****

الباب الخامس والخمسون

فى القضاء بالأشبه من قول الخصمين

والأصل فى ذلك القول بالاستحسان وفى «المتيطية» فى «باب الرهن»: والاستحسان فى العلم أغلب من القياس، وقد قال مالك - رحمه الله: تسعة أعشار العلم الاستحسان، ونبدأ بالكلام على الاستحسان، ثم نتبع ذلك بذكر المسائل، وفي كتاب «الجامع لأصول الفقه» لأبى عبد الله محمد بن أحمد بن خويز منداد البصرى قال: عوَّل مالك - رحمه الله - على القول بالاستحسان وبنى عليه أبوابًا ومسائل من مذهبه، وأنكره بعضهم وشنع على القائلين به، ومعنى قولنا: «بالاستحسان» هو القول بأولى الدليلين، وذلك أن تكون الحادثة مترددة بين أصلين: وأحد الأصلين أقوى بها شبها وأقرب، والأصل الآخر أبعد إلا مع القياس البعيد الظاهرى، أو عرف جار أو ضرب من المصلحة أو خوف مفسدة، أو ضرب من الضرر والعذر، فيعدل عن القياس على الأصل القريب إلى القياس على ذلك الأصل البعيد، وهذا من جنس وجود الاعتبار، وأتم طريقه للقايسين كما تقول: إن القياس أن بيع العرايا باطل، لكن جاز ذلك للسنة، وكما تقول إن الرعاف والقئ سواء، ولكن جاءت السنة بالبناء فى الرعاف فخصصنا، وأشباه ذلك، والدلالة على صحة قولنا قال النبى ﷺ: «**ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن**»، وقال إياس بن معاوية القاضى: قيسوا فى القضاء ما صلح الناس، فإذا فسدوا فاستحسنوا فإن قيل: فإذا كان الأمر كذلك فلم سميتموه استحسانا؟ ولم لا تسمونه دليلاً؟ قيل: هذا اعتراض علينا فى التسمية، ولكل أهل صنعة أن يتواضعوا بينهم تسمية يصطلحون عليها وإن لم يعرفها العرب كأسماء الأدوات، وتسمية أهل الفرائض والنحو والفقه والحساب، أسماء لا تعرفها العرب إلا أن تلك الأسماء وضعوها ليتعارفوا فيما بينهم أشياء فلا معنى لمنعنا من التسمية، وقد كشفنا عن معناها وهو معنى مسلم وأكثر ما ردوا علينا فى هذه المسألة بقولهم: إن الله تعالى نهى عن الهوى واتباعه، وأن نقول عليه ما لا نعلم، وقالوا: لا يخلو الاستحسان من أن يكون عليه دليل أو يكون بغير دليل، فقد نهى الله عنه، وهذا

القائل ظن الاستحسان هو شهوات النفوس، أو ما استحسناه بغير دليل، ولو سألنا واستكشف عن معنى قولنا لاستغنى عن تسويد كتبه، على أن الشافعى يقول فى كتبه: استحسن أن تكون المتعة ثلاثين، وأن يؤجل الشفيع ثلاثًا، ويقول به، فكيف ينكر الاستحسان؟! ومعنى الاستحسان ما حسن فى الشريعة ولم ينافها.

مسألة: إذا اختلف المتبايعان فى ثمن السلعة، وكان المشترى قد قبض السلعة وغاب عليها، فإن كانت مما لا يعرف بعينه وهى مما يكال أو يوزن، فالقول قول المشترى مع يمينه إذا أتى بما يشبه، وإن أتى بما لا يشبه فالقول قول المشترى مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه حلفا ورد إليه المشترى مثل كيله أو وزنه، وإن كانت السلعة مما يعرف بعينه كالحيوان والثياب والرقيق ولم يتغير بنماء ولا نقصان ولا حوالة سوق، فالقول قول البائع مع يمينه، فإن ادعى أحدهما ثمنا يشبه ثمن السلعة وادعى الآخر ما لا يشبه أن يكون ثمنا لها، فإن كانت السلعة فائتة فالقول قول مدعى الأشبه منهما اتفاقا، لأن الأصل عدم الغابن والشراء بالقيمة وما يقاربها، وإن كانت قائمة فالمشهور أنه لا يراعى الأشبه، لأنهما قادران على رد السلعة والشاذ أنه يراعى، قال ابن بشير: ينبغى أن يكون الخلاف فى حال، فإن ادعى أحدهما ما يشبه وأبعد الآخر فينبغى أن لا يختلف فى أن القول قول مدعى الأشبه، وإن ادعى الآخر ما يمكن أن يتغابن بمثله فلا يلتفت إلى الأشبه، ومراعاة الأشبه هو من باب الاستحسان.

فرع: وفى «المتيطية»: وإذا اختلف الزوجان فى عدد الصداق أو فى نوعه، وأتى أحدهما بما يشبه، وأتى الآخر بما لا يشبه، ففيها روايتان عن مالك.

إحداهما: يتحالفان ويتفاسخان.

والثانية: أن القول قول من أتى بما يشبه، قال الشيخ أبو الحسن: وهو أصوب، لأن قوله ما يشبه كالشاهد يحلف معه من قام له ذلك الدليل.

فرع: وإذا اختلف الراهن والمرتهن فى الرهن، واتفقا فى المبلغ المرهون فيه مثل أن يتفقا على أن المبلغ ألف درهم، فيأتي المرتهن بثوب يساوى مائة ويقول: هذا الثوب الذى رهنته عندى، ويقول الراهن: رهنت ثوبًا يساوى ألف درهم، فالقول

قول الراهن لأنه ادعى ما يشبه، وادعى المرتهن ما لا يشبه؛ من «المتيطية» قال: وكل متداعيين فى الرهن والبيوع، إذا ادعى أحدهما ما يشبه وادعى الآخر ما لا يشبه، فالقول قول الذى يشبه ويسقط قول الذي لا يشبه، قال أصبغ: وقد قال لى أشهب أن القول قول المرتهن، ولو لم يساو إلا درهما وهو باطل وليس بشىء وهو انحراف فى القياس، ورجح القاضى عبد الوهاب قول أشهب فى «المعونة» بأن الراهن رضى بأمانته، ولو لم يتوثق بالإشهاد على عين الرهن، ثم يدعى تضمينه وإثبات دعوى لا تعرف إلا بقوله، فوجب أن القول قول المرتن، وفى «معين الحكام» قال بعض المتأخرين: وهذا مذهب ابن القاسم.

فرع: وإذا اختلف المكرى والمكترى فيما وقع به الكراء، مثل أن يقول: أكريتك بمائة ويقول الآخر: بخمسين وذلك بعد انقضاء المدة، فالقول قول الساكن إن زاد على ما يشبه ويحلف على ذلك، وإن كان الأمد لم ينقض فإنهما يتفاسخان.

فرع: ولو كان الكراء انعقد على بينتين، فلما انقضت السنة الأولى طلب المكرى أجرة السنة وقال: هو مائة، وقال المكترى: هو خمسون والمائة عن السنتين تحالفا وتفاسخا كراء العام الثانى، ويؤدى المكترى عن العام الماضى ما أقر به إن أشبه وإلا فكراء المثل.

فرع: وإذا أحلف المتساقيان بعد أن عمل المساقى، فالقول قوله، إذا أتى بما يشبه لأنه المدعى عليه؛ من «المتيطية».

فرع: الوصى مصدق فيما ذكر من نفقة اليتيم على نفسه، أو على عمارة ربعه، وكذلك ولى السفيه إذا أتيا بما يشبه، لأن النفقة لابد منها، وإقامة البينة على كل شىء يشق على الأولياء وقد يعذر ذلك، فيؤدى إلى عدم النفقة وخراب الربع من سرح الجلاب للقرافى، ونقله غيره.

فرع: إذا اختلف الزوجان فيما فرض القاضى من النفقة، كان القول قول الزوج إذا أشبه نفقة مثلها، فإن لم يشبه وأشبه ما قالت كان القول قولها.

فرع: وإذا تنازع الشفيع والمشترى فى قدر الثمن، وكذبه الشفيع فالقول قول المشترى فيما يشبه بغير يمين وإن كان مما لا يشبه، فروى ابن القاسم أنه يصدق

المشترى وإن حلف. قال أصبغ: ويرد إلى القيمة، وروى أشهب عن مالك أنه يصدق فيما لا يشبه بيمنه وفيها يشبه بغير يمين.

فرع: وكذلك لو كان ثمن الشقص عرضا فإنما يأخذه الشفيع بقيمة العرض، فإن اختلفا فى القيمة وقد فات العرض فالقول قول المبتاع إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه قيل للمبتاع: صف العرض واحلف وخذ بذلك، فإن جاء بما لا يشبه أخذ بقيمة الشقص يوم وقعت الصفقة.

فرع: وإذا اختلف الجاعل والمجعول له فى العبد الآبق، بعد أن أتى بالعبد وهو فى يد العامل فالقول قوله مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول رب العبد إذا أتى بما يشبه، فإن أتيا بما لا يشبه تحالفا وكان للعامل جعل مثله.

فرع: وإن أتى العامل بالعبد إلى ربه فاختلفا فى الجعل، فإن أتى العامل بما يشبه فالقول قوله، وإن أتى بما لا يشبه وأتى رب العبد بما يشبه فالقول قول رب العبد بلا يمين تكون عليه، وإن أتيا بما لا يشبه رد إلى جعل المثل؛ انظر «الرعينى».

فرع: فى الرجل يستأجر صائغًا على عمل حلى، فلما تم عمله جاءه صاحب الحلى بدينار فقال الصائغ: إنما عملته بدينارين، فينظر إلى ذلك أهل المعرفة، فإن كان قول الصائغ يشبه أجرة ذلك العمل كان القول قوله مع يمينه، فإن نكل أو لم يشبه أجرة مثله، حلف صاحب الحلى إن كان قوله يشبه الأجرة، فإن أتيا بما يستنكر أعطى الصائغ ما يقول أهل النظر، أنه أجرة ذلك العمل؛ من كتاب «رسالة القضاء» لمالك، وكذا هو فى «مختصر الواضحة».

*****

الباب السادس والخمسون
فى القضاء بموجب الجحود

وفى «مختصر الواضحة»: وإذا شهد على رجل بطلاق إحدى امرأتيه وهو يجحد، فإنه يحكم عليه بطلاقهما جميعا.

فرع: وكذلك إذا شهدت عليه البينة أنه أعتق غلامه يزيد، وله غلامان كل واحد منهما اسمه يزيد، وقالت البينة: لا نعلم أى يزيد أراد فشهادتهم جائزة، ويقال له: اختر أيهما شئت فأعتقه فإن أقر وإلا حكم عليه بعتقهما جميعا.

فرع: وكذلك لو قال ذلك فى امرأتيه، فقال: فلانة طالق وكلتاهما سمى بذلك الاسم ثم جحد، كان بمنزلة من قال إحداكما طالق ثم جحد، فإنهما يطلقان عليه جميعا، وكذلك لو قال لم أنو واحدة منهما فإنهما يطلقان عليه جميعا.

مسألة: وقال ابن القاسم فى الرجل يدعى العبد أو الدابة قبل الرجل، ويزعم أنه استودعه ذلك فينكر أن يعرف شيئًا مما طلب، فيخاصمه فيموت العبد أو الدابة قبل أن يستحقها صاحبها، ثم يستحقها، أن الجاحد غارم لقيمتها، لأنه يوم جحد صار غاصبا فصار لذلك ضامنا حينئذ، وكذلك الدار يجحدها ثم يستحقها صاحبها وقد انهدمت بعد الجحود، فالجاحد غارم لقيمتها يوم جحدها، وليس يوم يقضى عليه لأنه يوم جحدها صار غاصبا لها، ولو غصبها ابتداء كانت القيمة يوم غصب.

مسألة: وفى «المتيطية»: وإذا كان للمرأة شرط على زوجها فى الضرر، فضربها وادعت أنه ظالم لها، فأنكر الضرب جملة فقامت لها به بينة كان لها به الخيار، فإن قال بعد ذلك لذنب أتته واستوجبت ذلك به، لم يقبل قوله لإنكاره أولاً.

فرع: وكذلك لو ضربها فأرادت الأخذ بشرطها، فلها أن تطلق نفسها واحدة أو أكبر، وله مناكرتها فيما زاد على الواحدة إن كان أطاع لها بالشرط، إلا أن ينكر الشرط ويحوجها إلى إثباته فتثبته عليه، فحينئذ لا مناكرة له فيما قضت به من الزيادة.

فرع: ومن ادعى عليه رجل دينا من سلف أو قراض أو وديعة أو بضاعة أو رسالة أو رهن أو عارية، أو هبة أو صدقا أو حق من الحقوق فجحد أن يكون عليه شيء من ذلك، فلما خاف أن تقوم عليه البينة بذلك أقر به، وادعى فيه وجهًا من الوجوه يريد إسقاط ذلك عن نفسه لم ينفعه ذلك، وإن قامت له البينة على ما زعم أخيرًا، لأن جحوده أولا إكذاب لبينته فلا تسمع وإن كانوا عدولا.

تنبيه: وكذلك الحكم إن لم يقر، ولكن قامت بذلك بينة عدول فأقام هو أيضًا بينة عدولا على رد السلف أو الوديعة أو القراض أو البضاعة أو الرسالة أو على هلاك ذلك، فهو بإنكاره مكذب لذلك كله، هذا قول الرواة أجمعين: ابن القاسم، وأشهب، وابن وهب، ومطرف، وابن الماجشون..

فرع: وأما إن قال: مالك علىَّ سلف ولا ثمن سلعة ولا لك عندى وديعة ولا قراض ولا بضاعة، فلما ثبت ذلك قبله أقر بالبينة بذلك، فزعم أنه رد الوديعة والسلعة أو غير ذلك مما يدعى عليه، أو ادعى هلاكه وأقام على ما ذكر بينة فههنا تنفعه البراءة -إن شاء الله تعالى- لأن قوله: «مالك على شيء»؛ يريد فى وقتى هذا، وأما فى الصورة إذا قال: ما أسلفتنى ولا أودعتنى، فليس مثل قوله: «هذا مالك على سلف»، قال ابن حبيب: وهذا مما لا أعلم فيه خلافًا عند الرواة، إلا أنى رأيت فى «كتاب الأقضية» من «السماع» شيئًا يخالف هذا، وأظن أن له وجهًا يصح معناه- إن شاء الله تعالى- وذلك أنه سئل مالك عن رجل بعث معه رجل بعشرين دينارًا يبلغها إلى الجار، وللجار موضع وكتب معه كتابًا وأشهد عليه عند دفعه إليه فحمل الكتاب وبلغه إلى من أرسل إليه، فلما قرأه سأله عن الذهب فجحد إياه، ثم إنه قدم المدينة فسأله الذى أرسل معه الذهب وقال له: إنى قد أشهدت عليك، فقال: إن كنت دفعت إلى شيئًا فقد ضاع، فقال مالك: ما أرى عليه إلا يمينه، وأرى هذا من مالك -رحمه الله- إنما هو فى الجاهل الذى لايعرف أن الإنكار يضره، وأما العالم الذى يعرف أنه يضره ثم يقدم عليه بعد ذلك فلا عذر له، من «كتاب الرعينى» -رحمه الله.

فرع: وفى «أحكام ابن سهل» فى رجل بيده دار وهو ساكن فيها، فقام عليه رجل بدعوى فأنكر الذى بيده الدار أن يكون عامل المدعى فى الدار أو فى شيء

منها، وادعى أن الدار له وفى ملكه، فأثبت المدعى ملك الدار، فقام المدعى عليه بكتاب ابتياع الدار من المدعى، فأجاب فى ذلك عبيد الله بن يحيى ومحمد بن عمر بن لبابة ومحمد بن وليد، بأن إنكاره لمعاملته تسقط ما قام به من كتاب الابتياع من المدعى للدار، ويجب أن يخرج المدعى عليه من الدار وتقفل حتى يستمر النظر فيها، قال القاضى أبو الأصبغ بن سهل: قاسوا هذه المسألة على ما رواه عيسى عن ابن القاسم فى الدين إذا أنكر معاملة طالبه به، ثم أثبت دفعه إليه وقضاءه إياه، أنه لا تقبل بينته بعد إنكاره المعاملة من بيع أو سلف، قال ابن سهل: وأما إن قال: ليس لك على شىء، فلما قامت البينة عليه بسلف أو ببيع جاء ببراءة من ذلك وشهود، فإنه يسقط ذلك الحق عنه، وقد فرق ابن القاسم فى رواية عيسى بين الأصول والدين، قال فى «المدونة»: سئل ابن كنانة عمن ادعى أرضًا فى يد رجل، فقال مالك: عندى أرضى وما علمت لك أرضًا فأقام البينة على أنها أرضه وأثبتها، ثم أقر الذى هى بيده أنها أرض الطالب، وقال: لكنى اشتريتها وأثبت شراءها، فقال: تقبل بينته وتكون له الأرض ولا يضره إنكاره أولا، لأنه يقول كان حوذى ينفعنى، وأضع فى الأرض ما شئت ولم أقر فيكون على العمل وأعنى نفسى فذلك له وليس كالدين يدعى عليه فيجحده، قال عيسى: عند ابن القاسم مثله إذا كان له عذر من غيبة بينة، أو كان ممن يعذر بالجهالة فلا يضره إنكاره، وتقبل بينته وإن كانت حاضرة فهذا ابن القاسم قد فرق بين الأصل والدين وكذلك فعل ابن كنانة، وعلى ذلك نقله ابن أبى زمنين فى المقرب أن الأصول والحقوق مختلفان، قال ابن سهل: وكذلك ينبغى أن يكون جوابهم فى الدار، ورأيت أن حسين بن عاصم روى عن ابن القاسم أن الأرض كالدين لا تنفعه البينة إن نفى ملكه عنها، وأن ابن نافع قال: تنفعه البراءة والإثبات فيها ولا يضره الإنكار، رواه ابن عاصم عنه أيضًا، فرواية حسين بن عاصم عن ابن القاسم تلائم جواب الشيوخ فى مسألة الدار.

مسألة: وفى «المتيطية»: إذا أقامت المرأة بينة أن زوجها قذفها وهو منكر حر ثم إنه رجع بعد جحوده، فقال مالك وابن القاسم: يقبل منه رجوعه، قال ابن المواز:

وهذا بخلاف الحقـوق، لأنه يقول: أردت الستر بإنكارى، وقال غيـرهما: لايقبل رجوعه لأنه أكذب نفسه.

فرع: قال ابن محرز: هذه المسألة أصل لمن ادعى عليه بحق فجحده ثم قام عليه بينة فادعى القضـاء، فعلى مذهب الغير لا يمكن من إقامة البـينة وعلى قول مالك وابن القاسم: يعتبر جحوده وينظـر على أى وجه كان، فإن كان له عذر بجهله أو جهل من يحكم عليـه وسطوته، فرأى إنكاره أسلم له، فـينبغى أن يمكن من ذلك وإن لم يكن له عـذر لم يمكن من إقـامة البـينة ومما يعـذر به أن تكون بينتـه على القضاء غائبة ويخشى أن لايمهل إلى قدومهم، أو كانوا ممن لايؤمن تجريحهم، فإذا كان له عذر هكذا سمع منه دعوى القضاء ومكن من إقامة البينة.

*****

الباب السابع والخمسون

فى القضاء بالعرف والعادة

العادة غلبة معنى من المعانى على جميع البلاد أو بعضها، قال المازرى: الإجماع على من باع سلعة بمائة دينار، ونقد البلد مختلف أن البيع فاسد ولو كان من اختلاف السكك، جرت عادة بالتبايع بسكة معلومة منها لكان البيع صحيحًا وقضى بدفع تلك السكة، ومن ذلك الحكم بالقمط ووجه للحائط وغيره وسيأتى حكم ذلك، ومن ذلك اختلاف الزوجين فى متاع البيت وهما فى العصمة أو بعد طلاق أو موت، فكان التداعى بين الورثة، أو مات أحدهما فكان التداعى بينه وبين ورثة الآخر، وسواء كان الزوجان حرين أو عبدين أو مختلفين مسلمين أو أحدهما، فإن الحكم فى ذلك أن يقضى للمرأة بما يعرف للنساء وللرجل بما يعرف للرجال وما يصلح لهما قضى به للرجال، لأن البيت بيته فى جارى العادة فهو تحت يده فيقدم لأجل اليد، وقال ابن القاسم: ما كان من شأن الرجال والنساء قسم بينهما، بعد أيمانهما لاشتراكهما فى اليد.

فرع: قال ابن يونس: إذا فرعنا على مذهب مالك فمن قضى له بشىء حلف عليه، وقال سحنون: ما عرف بأحدهما لايحلف عليه، وقال ابن القاسم: ما ولى الرجل شراءه من متاع النساء، وشهدت به البينة أخذه بعد يمينه أنه ما اشتراه إلا له، وكذلك المرأة، ومن الشيوخ من نفى الخلاف عن ذلك، وقال: إذا ادعت المرأة شيئًا من متاع النساء وكذبها الرجل، أو ادعى الرجل شيئًا من متاع الرجال وكذبته المرأة، فلا خلاف فى تعلق اليمين فى ذلك، وإنما الخلاف فى وجوب اليمين إذا تناع ورثة الزوجين أو تنازع ورثة أحدهما مع الآخر دون تحقيق الدعوى، فيجرى الخلاف على الخلاف فى أيمان التهم، وهذه طريقة ابن رشد، والطريقة الأولى أسعد بنقل المتقدمين والذى قاله هذا الشيخ هو الذى تشهد له أصول المذهب.

فرع: ومما يعرف للنساء الطشت والتور والمنارة والقباب والحجال والأسرة والفرش والوسائد والمرافق والبسط وجميع الحلى. قال ابن راشد: وما ذكروا فى

البسط لعله العرف فى بلاد مصر، وأما عندما بالمغرب فهى معروفة للرجال، ومثل السيف والرمح والمنطقة والخاتم فإنه للرجل، قال ابن عبد السلام: والمراد بالخاتم خاتم الفضة، وأما خاتم الذهب فإنه للمرأة، قال: وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين، فرب متاع يشهد العرف فى بلد أو زمان أنه للرجال ويشهد فى بلد آخر أو زمان آخر بأنه للنساء، ويشهدون فى الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء، بالنسبة إلى قوم ومن متاع الرجال بالنسبة إلى قوم آخرين، كالنحاس المصنوع فى تونس من بلاد الغرب، فإنه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس ومن متاع الرجال بالنسبة إلى متاع الحضر.

فرع: وإذا عرفت المرأة فقيرة لم يكن القول قولها إلا فى قدر صداقها.

فرع: والذكور من العبيد تعرف للرجال، والإناث يعرفن بكل واحد منهما، والماشية تعرف للرجال.

تنبيه: وفى «مختصر الواضحة»: وسئل سحنون عن الرجل يشترى العبد بحضرة شهود، ثم يرى ذلك العبد فى يد امرأة المشترى وحوزها بحضرة المشترى، فتقيم كذلك سنين والعبد فى ضيعة المرأة قد بانت به عن زوجها، ثم يدعو الزوج الشهود إلى أن يشهدوا له على أصل الشراء والبيع، فيسعهم ألا يشهدوا به، قال: نعم لايشهدوا له على أصل الشراء، لأن الرجل هو الذى يتولى الشراء والبيع لامرأته وهو سفيرها؛ حكى هذا ابن عبدوس عن سحنون.

تنبيه: قال القرافى فى «القواعد»: ولايكتفى من أحدهما أن يقول هذا لى، لأنه من متاع البيت حتى يقول هو ملكى، قال: وسواء فى هذا كله كانت لهما عليه يد شاهدة أو حكيمة، فاليد الشاهدة أن يكون الشىء بينهما يتجاذبانه ويتنازعونه واليد الحكيمة أن تكون فى الدار التى يسكنانها، قال: وسواء فى هذا كله الزوجان والأجنبيان إذا سكن رجل وامرأة فى دار من ذوات المحارم الكل سواء، وهذا أصل لا مناقضة فيه على المذهب، حتى قال أئمتنا -رحمهم الله: لو اختلف عطار ودباغ فى المسك والجلد، واختلف الفقيه والحداد فى القلنسوة والكير، كانت لهما عليه يد حكمية فى دار يسكنانها لمن شاهده، أو تنازع رجل وامرأة رمحًا يتجاذبانه، فالقول فى هذا كله قول من شهد له العرف والعادة، فيحكم للرجل

بالرمح والسيف مع يمينه، وإن كان دملجًا قضى به للمرأة مع يمينها، ويقضى للعطار بالمسك مع يمينه، فإن قيل: قد تملك المرأة ما يصلح للرجال للتجارة أو بعارض من إرث أو غيره، فقد أصدقت على بن أبى طالب -رضى الله عنه- فاطمة -رضى الله عنها- درعًا من حديد ، وقد يملك الرجل ما يصلح للنساء للتجارة أو بعارض من أسباب التملك، قلنا: الظاهر فيما فى يد الإنسان مما يصلح أنه ملكه، وهذا هو الغالب نادر، وإذا دار الحكم بين النادر والغالب فحمله على الغالب أولى، ألا ترى أن من هو ساكن فى دار ويده عليها يقضى له بالملك بناء على الغالب وظاهر اليد فكذلك هنا.

فرع: قال القرافى: وأما إن كان الزوجان فى البيت فحاز أحدهما فى يده وقبضه ما يصلح للآخر دونه، فالذى ظهر لى فى ذلك أن القول قول من حازه دون الآخر.

فرع: وإذا اختلف المتبايعان فى تعجيل الثمن وتأجيله حكم بالعرف إن كان ثم عرف.

فرع: وإذا اختلف الزوج والزوجة فى النفقة وادعت أنه لم ينفق عليها، فذهب مالك وأحمد بن حنبل -رحمهم الله- أنه لايقبل قول المرأة فى ذلك ولا فى دعواها، أنه لم يكسها فيما مضى من الزمان لتكذيب العرف وشاهد الحال والقرائن الظاهرة لها، وهذا هو قول أهل المدينة وهو الحق الذى لاشك فيه، والعلم الحاصل باتفاق الزوج فيما مضى من الزمان اعتمادًا على الأمارات الظاهرة أقوى من الظن الحاصل باستصحاب الأصل، وبقى ذلك فى ذمته ورؤيتنا له، يدخل الطعام والإدام مع طول الصحبة ودوام العشرة قرينة تبلغ مبلغ القطع فى تكذيبها مع علمنا بانقطاعها عن الخروج والدخول والتصرف فى مثل ذلك.

فرع: وكذلك إذا اختلف المتبايعان فى قبض السلعة أو الثمن، فالأصل بقاء الثمن بيد المبتاع، وبقاء المبيع بيد البائع ولا ينتقل ذلك إلا ببينة أو عرف، كالسلع التى جرت العادة أن المشترى يدفع ثمنها قبل أن يبين بها، كاللحم والخضر ونحو ذلك فيحكم فى ذلك بالعرف والعادة.

فرع: ومن ذلك الحكم بمقتضيات الألفاظ فى البيع، كقول البائع بعتك هذه الأرض بكذا ولم يزد على هذا فإن هذا اللفظ يتناول ماهو متصل بها كالبناء والأشجار وهذا بحكم العرف، ولفظ الشجر والدار يشمل الثوابت: كالأبواب والرفوف والسلم المسمر والأشجار التى فى دار، ولفظ العبد يشمل: ثياب المهنة لأنها غير مقصودة، ولايجوز له كشف عورته، وفى «سماع ابن نافع»: إن باعها واشترط الإزار الذى عليها فله وعليه أن يسترها بغيره، فإن أبى فالسوط، وفى «سماع ابن وهب» فى الجارة وعليها ثياب وحلى: إنه للبائع إلا ما يكون لها مما تتزين به، وقال على بن زياد عن مالك: ما عرف أنه من هيئاتها ولباسها فهو للمشترى.

فرع: ومن ذلك الوليمة فى العرس، قال أصبغ بن سهل: سألت الفقيه أبا عتاب عن الهدية التى يهديها الأزواج إلى الزوجات قبل البناء هل يقضى على الزوج بها إن امتنع منها ويطلب بها؟ فقال: إنه يقضى على الزوج بها على قدره وقدرها وقدر صداقها، وليس عليها أن تثيبه إلا أن تشاء، فإن أبت أو أبى أبوها إن كانت بكرًا لم يقض عليهما بذلك، قال: فقلت له: فهل يقضى عليه بنفقة العرس والجلوة المتعارفة عليه بذلك إن امتنع وتؤمر به ولا تجبر، قال: والصواب عندى أن يقضى عليه بالوليمة لقول النبى ﷺ لعبد الرحمن بن عوف: «**أَوْلِمْ ولو بشاة**»، مع العمل به عند العامة والخاصة بخلاف ما تعطى الماشطة على الجلوة، هذا لايقضى به عندنا إن امتنع، ولا بأجرة ضارب دف أو كَبْر، قال ابن راشد: ولايقضى بالوليمة وهى واجبة على الزوج وجوب السنن، ومذهب مالك لأنها مرغب فيها ومندوب إليها.

فرع: وفى «سماع ابن القاسم»: سئل مالك عن الناكح يلزمه أهل المرأة هدية العرس، وجل الناس تعمل به عندنا حتى إنه لتكون فيه الخصومة، أترى أن يقضى به؟ قال: إذا كان ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم، لم أر أن يطرح ذلك عنهم إلا أن يتقدم فيه السلطان، لأنى أراه أمرًا قد جروا عليه وفى «كتاب عيسى»، قال ابن القاسم: قال مالك قبل ذلك: لا أرى أن يقضى به وهو أحب إلى كان مما جروا عليه أو لم يكن.

فرع: وفى «سماع عيسى» فى رسم لم يدرك، قال ابن القاسم: سألنا مالكًا عمن تزوج امرأة فأصدقها صداقًا، فطلبت منه نفقة العرس، هل ذلك عليه؟ قال: ما أرى ذلك عليه وما هو بصداق ولا شيء ثابت ولا هو لها إن مات ولا نصفه أن طلق، فردد عليه، وقيل له: يا أبا عبد الله إنه شيء أجروه بينهم وهى سنتهم، فقال: إن كان ذلك شأنهم فأرى أن يفرض عليهم، قال ابن القاسم: وإن تشاحوا لم يكن لهم ذلك إلا أن يشترطوه.

فرع: وفى «أحكام ابن سهل» فى امرأة أسلفت زوجها ثلاثين دينارًا ذهبًا وأنظرته خمسة أعوام أو ثلاثة الشك منى ثم طلقها بعد عام ونصف من تاريخ السلف، فزعمت أنها إنما أسلفته وأنظرته استدانة لعصمتها معه ورجاءً فى حسن صحبته لها، وكان التحاكم فيه عند ابن بقى فشاور فى ذلك، فأفتى ابن عتاب القول قول المرأة فيما ادعته من ذلك وتحلف ثم تأخذ حقها منه حالا، وبذلك أفتى الشيخ فيها قبل هذا: أن القول قولها مع يمينها إذ هو الظاهر من أمر النساء، أنهن إنما يفعلن ذلك لذلك فهو كالعرف الذى يصدق فيه من ادعاه، وقد قال عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- فيما ذكره مالك فى «الموطأ» عنه: من وهب لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنه لايرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها، فحكم -رضى الله عنه- بما دلت عليه الحال، فكذلك هذه ومن ادعى على المعروف صدق ولأن العرف كالشاهد بدعواها والمتعارف من أحوال النساء فيما يوسعن به على أزواجهن من أموالهن، إنما يرد بذلك مودات الأزواج، واستدامة عصمتهن معهم وتقمن مسرتهم، فإذا وقع الطلاق استحالت نفوسهن عن ذلك إلى ضده هذا الذى لايعرف غيره.

فرع: ومن ذلك إذا خلا بزوجته خلوة اهتداء وادعت أنه دخل بها، فالقول قولها للعرف، والعادة أن المرأة إذا خلا بها الزوج أول مرة لا يصبر عن وطئها، فالخلوة شاهدة لها بدعواها، وقد تقدمت هذه المسألة مبسوطة فى الباب الأربعين.

فرع: وكذا إذا وجدت الوثيقة بيد المطلوب وهو يدعى أنه دفع ما فيها وقبضها من المدعى، ففى قبول قوله ماجرت به العادة أن الوثيقة لاترجع إلى المطلوب إلا بعد دفع ما فيها.

وفرع: وفى «المتيطية»: قال الشيخ أبو عمران الفاسى أو كانت العادة عند الناس فى الرباع، أن وكيل البيع لايقبض الثمن، فإن المشترى لايبرأ بالدفع إلى الوكيل الذى باع وإنما يحمل هذا على العادة الجارية بينهم، يريد أن الوكيل على بيع السلعة أن يقبض الثمن ويبرأ المشترى بالدفع إليه، لأن عادة الناس جرت بذلك بخلاف بيع العقار والرباع، قاله القرافى فى «القواعد والفروق».

قاعدة: كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه كقوله عليه الصلاة والسلام: **«من حلف واستثنى عاد كمن لم يحلف»** يحمل على الحلف الشرعى وهو الحلف بالله تعالى، لأن الحلف بالطلاق والعتاق جعلهما النبى ﷺ من أيمان الفساق، فلايحمل الحديث عليهما.

فرع: إذا حلف بأيمان المسلمين يحنث، قال القرافى فى الفرق الثامن والعشرين: مشهور فتاوى الأصحاب -رحمهم الله تعالى: أنه يلزم كفارة يمين وعتق رقبة إن كان عنده وإن كثروا، وصوم شهرين متتابعين، والمشى إلى بيت الله تعالى فى حج أو عمرة، وطلاق امرأته، واختلفوا هل ثلاثًا أو واحدة؟ والتصدق بثلث المال، ولايلزمه اعتكافه عشرة أيام، ولا المشى فى مسجد المدينة ولا بيت المقدس ولا الرباط فى الثغور الإسلامية، ولا تربية اليتامى ولا كسوة العرايا ولا إطعام الجياع ولا شىء من القربات غير ما تقدم ذكره، وسبب ذلك أنهم لاحظوا ما غلب الحلف به ولا يجعل عبثًا فى العادة فألزموه إياه، لأنه المسمى العرفى فيقدم على المسمى اللغوى، ويختص حلفه بهذه المذكورات دون غيرها، لأنها المشهورة، ولفظ الحلف والأيمان يستعمل فيها دون غيرها، وليس المدرك أن عاداتهم يفعلون مسمياتها، وأنهم يصومون شهرين متتابعين أو يحجون إلى غير ذلك من الأفعال، بل لغلبة استعمال الألفاظ فى هذه المعانى دون غيرها، وكذلك صرحوا فقالوا: من جرت عادته بالحلف بصوم سنة لزمه صوم سنة، كجعل المدرك الحلف اللفظى دون العرف الفعلى فهذا مدرك بهذه المسألة على التحرير والتحقيق، وعلى هذا لو اتفق فى وقت آخر اشتهار حلفهم ونذرهم بالاعتكاف والرباط، وإطعام الجيعان وكسوة العريان، وبناء المساجد دون هذه الحقائق المتقدم ذكرها، إن كان اللازم بهذا الحالف إذا حنث الاعتكاف وما ذكر معه دون تلك الحقائق الأول، لأن الأحكام المترتبة

على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت كالنقود فى المعاملات والعيوب فى العروض المبيعات، فلو تغيرت العادة فى النقدين والسكة إلى سكة أخرى، لحمل الثمن فى البيع عند الإطلاق على السكة التى تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشىء عيبًا فى الثياب فى العادة رددنا به البيع، فإذا تغيرت تلك العادة وصارت ذلك المكروه محبوبًا لم يرد به، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا اختلاف فيه، بل قد يقع الخلاف فى تحقيقه، هل وجد أم لا؟ قال: وعلى هذا التحرير يظهر أن عرفنا اليوم ليس فيه الحلف بصوم شهرين متتابعين، فلايكاد نجد أحدًا بمصر يحلف به فلا ينبغى الفتيا به، وعادتهم يقولون: عبدى وامرأتى طالق، وعلىَّ المشى إلى مكة ومالى صدقة إلا لم أفعل كذا فتلزم هذه الأمور، وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، مهما تجدد فى العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه ولا تحمل علىَّ المنقول فى الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجبه على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده وأجر عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر فى كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجرى على المنقولات أبدًا ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين، وعلى هذه القاعدة يتخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات، فقد تصير الصرائح كنايات تفتقر إلى النية وقد تصير الكنايات صرائح مستغنية عن النية.

فرع: فلو قال: أيمان البيعة تلزمنى، فإنها تتخرج على ما يلزمه على هذه القاعدة، وماجرت به العادة فى الحلف عند الملوك المعاصرة إذا لم تكن له نية، فأى شىء جرت به عادة ملك الوقت فى التحليف به فى بيعتهم، واشتهر ذلك عند الناس بحيث صار عرفًا ومنقولاً متبادرًا للذهن من غير قرينة حمل يمينه عليه، وإن لم يكن الأمر كذلك اعتبرت نيته أو بساط يمينه، فإن لم يكن شىء من ذلك فلا شىء عليه، وقال القرافى فى هذه المسألة فى كتاب «الإحكام فى الفرق بين الفتاوى والأحكام» فى السوال التاسع والثلاثين، وما الصحيح فى هذه الأحكام الواقعة فى مذهب مالك والشافعى وغيرهما المرتبة على العوائد والعرف اللذين

كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام، فهل إذا تغيرت تلك العوائد وصارت تدل على ضد ما كانت تدل عليه أو لا؟ فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة فى الكتب ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة؟ أو يقال نحن مقلدون وما لنا إحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد؟ فنفتى بما فى الكتب المنقولة عن المجتهدين، والجواب: أن جرى هذه الأحكام التى مدركها العوائد، مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة فى الدين، بل كل ما هو فى الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة[1]، وليس ذلك تجديدًا للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هى قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد، ألا ترى أنهم أجمعوا على أن المعاملات، إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود فإذا كانت العادة نقدًا معينًا حملنا الإطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عينًا ما انتقلت العادة إليه، وألغينا الأول لانتقال العادة عنه، وكذلك الإطلاق فى الوصايا والأيمان وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد، وكذلك الدعاوى إذا كان القول قول من ادعى شيئًا لأنه العادة، ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه، بل انعكس الحال فيه، بل ولايشترط فيه تغيير العادة، بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر، عوائدهم على خلاف عادة البلد الذى كنا فيه أفتيناهم بعادة بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذى كنا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذى نحن فيه، لم نفته إلا بعادة بلده.

ومن هذا الباب ما روى عن مالك : إذا تنازع الزوجان فى قبض الصداق بعد الدخول، أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض.

قال القاضى إسماعيل: هذه كانت عادتهم بالمدينة، أن الرجل لايدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادة المدينة خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد، وانظر أول«المتيطية»فإنه استوفى الكلام فيها، قال: القرافى: فإذا تقرر هذا فأنا أسرد أحكامًا نص الأصحاب على أن المدرك فيها

---

(١) ومن قواعدهم: العادة محكَّمة، وقولهم: العادة معمولٌ بها، وقولهم: الحكم يدور مع علته وجوبًا وعدمًا، فأينما وجدت العلة وجد الحكم، ومتى انتفت العلة انتفى الحكم.

العادة، وأن مستند الفتيا بها إنما هو العادة والواقع اليوم خلافه، فيتعين تغيير الحكم على ما تقتضيه العادة المتجددة، وينبغى أن نعلم أن معنى العادة فى اللفظ أن يغلب إطلاق لفظ، واستعماله فى معنى حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه، فهذا هو معنى العادة فى اللفظ، وهو الحقيقة العرفية، وهو المجاز الراجح فى الأغلب، وهو معنى قول الفقهاء: إن العرف يقدم على اللغة عند التعارض.

الحكم الأول

بعض ألفاظ المرابحة: وهو قول البائع: بعتك بوضيعة العشرة، أحد عشر، أو بوضيعة العشرة عشرين أو أكثر من ذلك، قال الأصحاب: هذا اللفظ يقتضى عادة أن يأخذ لكل أحد عشر عشرة، ويحط نصف الثمن اللفظ الآخر[1] ويلزمون المتعاقدين من الجانبين بمجرد هذا اللفظ لأنه العادة، وهذه العادة قد بطلت ولا بقى هذا اللفظ يفهم منه اليوم هذا المعنى البتة، بل أكثر الفقهاء لا يفهمه فضلا عن العامة لأنه لا عادة فيه، ولايفهم منه شيء معين باعتبار اللغة أيضًا، فينبغى إذا وقع هذا العقد بين العامة فى المعاملات أن يكون العقد باطلا، فإنه ليس عادتهم استعماله البتة، لأنا طول أعمارنا لم نسمعه إلا فى الكتب، أما فى المعاملات فلا، وإذا لم يكن الثمن معلومًا بالعادة ولا باللغة كان العقد باطلاً.

الحكم الثانى

فى المرابحة

إذ قال: بعتك بما قامت على، قالوا: يصح البيع ويكون للبائع مع الثمن ما بذله من أجرة القصارة، والكماد والطرز والخياطة والصبغ ونحو ذلك مما له عين قائمة، وتستحق له حصته من الربح أن سمى لكل عشرة ربحًا، وما ليس له عين قائمة إلا أنه يؤثر فى السوق زيادة فيه، وتنمية الثمن فإنه يستحقه ولا يستحق له حصته من الربح نحو كراء الحمولات فى النقل للبلدان، وما لا يؤثر فى السوق لايستحقه ولايكون له ربح، كأجرة: الطى والشد وكراء البيت ونفقة البائع على

---

(١) أى أن اللفظ الآخر، وهو قوله: «أو بوضيعة العشرة عشرين» يحط من الثمن نصفه فتجعل العشرين عشرة.

نفسه، وهذا التفصيل لايفيده قوله بما قامت على لغة، بل يصح هذا البيع بهذه العبارة إذا كان هذا اللفظ يقتضيه عادة، فيصير الثمن معلومًا بالعادة فيصح البيع.

أما اليوم فلا يفهم هذا في العادة ولا يتعامل الناس فى أسواقهم بهذه العبارة، فلا عادة حينئذ فهذا الثمن مجهول فلا يفتى بما فى الكتب مما تضمنته من تفاصيله لانتقال العادة.

الحكم الثالث

ما وقع فى «المدونة» إذا قال لامرأته: أنت على حرام أو خلية أو برية أو وهبتك لأهلك يلزمه الطلاق الثلاث فى المدخول بها، ولا تنفعه النية أنه أراد أقل من الثلاث، وهذا بناء على أن هذا اللفظ فى عرف الاستعمال اشتهر فى إزالة العصمة، واشتهر فى العدد الذى هو الثلاث، وأنه اشتهر فى الإنشاء للمعنيين، وانتقل عما هو عليه حرام من الإخبار عن أنها حرام لأنه لو بقى على ما يدل عليه لغة لكان كذبًا بالضرورة لأنها حلال له إجماعًا، فالإخبار عنها بأنها حرام كذب بالضرورة، وليس مدلول هذا اللفظ لغة إلا اعتبار أنها محرمة عليه، وأن التحريم قد دخل فى الوجود قبل نطقه بهذه الصيغة وهذا كذب عليه، وأن التحريم قد دخل فى الوجود قبل نطقه بهذه الصيغة وهذا كذب قطعًا، فلابد حينئذ أن يقال: إنها انتقلت فى العرف لثلاثة أمور: إزالة العصمة، والعدد الثلاث، والإنشاء، فإن ألفاظ الطلاق مهما لم تكن إنشاء أو يراد بها الإنشاء لاتزيل عصمة البتة، وملاحظة هذه القاعدة هى سبب الخلاف بين الخلف والسلف فى هذه المسألة، فإذا تقرر هذا فأنت تعلم أنك لا تجد الناس يستعملون هذه الصيغ المتقدمة فى ذلك، بل تمضى الأعمال ولا يسمع أحد يستعمل هذه الصيغ المتقدمة فى ذلك، بل تمضى الأعمار ولا يسمع أحد يستعمل هذه الألفاظ فى حل العصمة ولا فى عدد طلقات، فالعرف حينئذ فى هذه الألفاظ منفى قطعا، وإذا انتفى العرف لم يبق إلا اللغة، وفى اللغة لم توضع هذه الألفاظ لهذه المعانى، ولايدعى أنها مدلول اللفظ لغة إلا من لا يدرى اللغة وإذا لم تفد هذه الألفاظ هذه المعانى لغة ولا عرفًا ولا نيةً ولا بساطًا، فهذه الأحكام حينئذ بلا مستند، والفتيا بغير مستند باطلة إجماعًا وحرام على قائلها ومعتقدها نعم لفظ الحرام فى عرفنا اليوم لإزالة العصمة خاصة

دون عدد وهى مشتهرة فى ذلك، بخلاف ما ذكـر معها من الألفاظ ، ومقتضى هذا أن يفتى بطلقة رجعية ليس إلا، وينوى فى غيرها من الألفاظ التى ذكرت معها، فإن لم تكن له نية ولا بساط لم يلزمـه شىء، لأنهما من الكنايات الخفيـة على التقدير، لكن أكثر الأصحـاب وأهل العصر لايساعدون على هذا وينكرونه، واعـتقدوا أن ما هم عليه خـلاف إجماع الأمـة، وهذا الكلام واضح لمن تأمله بعقـل سليم، وحسن نظر سالم عن تعصبات المذاهب التى لا تليق بأخلاق المتقين لله تعالى.

قال: والعـجب منهم أنهم إذا قيل لهم: إذا قـال لامرأته أنت طالق يفتـقر إلى نية، يقولون: لا، لأنه صريح لغة فى إزالة العصمة لأن الطاء واللام والقاف لإزالة مطلق القـيـد، وكذلك يقـال: لفظ مطلـق وحلال مطلق ووجـه طلق فـلان من الحبس، وانطلقت بطنه، وعـقد النكاح أحد أنواع العقد، فـإذا زال مطلق القيد أو يد النكاح زال قيد النكاح بالضرورة، فيقال لهم: أنت منطلقة فيه جميع هذا، فلا يجدون جوابًا إلا أنه مهجور فى عرف الاستعـمال لايستعمل فى الطلاق، فلايفيد الطلاق إلا بالنية، فيقال لهم: فإن اتفق أن يكون لفظ منطلقـة مشتهرًا فى عصر أو فى مصرٍ فى إزالة العصمة، وأنت طالق ولم يشـتهر فى إزالة العصمة عندهم، ما الحكم؟ فيـتعين أن يقـولوا: يلزمه الطلاق بمنطلقـه دون طالق، إلا أن ينوى بطالق إزالة العصمة عكس ما نحن عليه اليـوم، فيقال لهم: فكذلك لفظ الحرام ينبغى أن يدور لفظ الفتيا فـيها وفى أخواتها، مع اشتهارها فى العـرف وجودًا وعدمًا، ففى أى شىء اشتهـرت حملت عليه بغـير نية، وما لم يشـتهر فيه لم يحـمل عليه إلا بنيـة، ولايكفى فى الاشتـهار كـون المفتى يعـتقد ذلـك، فإن ذلك نشـأ من قراءة المذهب ودراسته والمناظرة فيه، بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك المصر لايفهمون من الإطلاق إلا ذلك المعنى، لا من لفظ الفقـهاء بل استعـمالهم هم لذلك اللفظ فى ذلك المعنى، فهذا هو الاشتهار المفيد لنقل اللفظ من اللغة للعرف، والله أعلم.

تنبيه: قال القـرافى فى الكتاب المذكور: وينبغى للمـفتى إذا ورد عليه مسـتفت لايعلم أنه من أهل البلد الذى فيه المـفتى أن لايفتيه بما عادته يفـتى به، حتى يسأله عن بلده، وهل حـدث لهم عرف فى ذلك الـلفظ اللغوى أم لا؟ وإن كـان اللفظ عرفـيًا فهل عرف ذلك البـلد موافق لهذا البلد فى عـرفه أم لا؟ وهذا أمر متـيقن

واجب لايختلف فيه العلماء، وأن العادتين متى كانتا فى بلدين ليسا سواء، إنما اختلف العلماء فى العرف واللغة. هل يقدم العرف على اللغة أم لا؟ والصحيح تقديمه لأنه ناسخ، والناسخ مقدم على المنسوخ إجماعًا فكذلك هنا.

تنبيه: ونقلت من الرحلة لأبى عبد الله بن رشيد -رحمه الله- فيمن حلف بالأيمان اللازمة وحنث، هل يلزمه الطلاق الثلاث أو واحدة؟ ثم قال: والمعتبر فى ذلك عرف الحالف لا عرف المفتى، فلو دخل المفتى بلدا لايكون عرفهم فيه أنه يراد به الطلاق الثلاث لم يجز له أن يفتى فيه بذلك، ولا يحل للمفتى أن يفتى بما يتوقف على العرف إلا بعد معرفة العرف، ولو تغير العرف لتغير الجواب، وهذا من الأمر المهم معرفته؛ انتهى، وهذا يعضد كلام القرافى.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل» فى حبس بيد قوم ذكروا أن هذا الحبس لم نزل نسلك بغلته فى مساكين هذه القرى وفى إصلاح مساجدها مسلك الأحباس، فشاور القاضى الفقهاء هل يلزمه تنفيذ ما ادعاه القرون بالحبس وماجرت به العادة فى صرف غلته؟ فأجابوه: الذى نراه أن إقرارهم بما تحت أيديهم من هذه الأحباس لازم، ويجب تنفيذ ذلك على ما أقر به وصنفوه مما جرته الحباسة فيه -إن شاء الله تعالى- وهكذا يجب فى كل مجهول الأصل لم يثبت إلا بإقرارهم من الذى هو بيده، فالمقر يؤاخذ بإقراره وينفذ فى ذلك -إن شاء الله تعالى.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل» فى رجل متقبل لحمام، وذكر أنه بيده لأحمد بن محمد بن وليد لورثة أخيه، وأنهم هم المدخلون له فيه، وسماهم فيه يعرفها متقبل الحمام، فهل يعمل بذلك؟ قال ابن لبابة وغيره من الفقهاء: يجب أن يسأل متقبل الحمام: كيف هو بينهم على السواء أم على غير ذلك؟ فما أقر به كان كذلك إلا أن يدعى المقر لهم غير ما أقر به من هو بيده، فيكلف المدعى البينة على دعواه، فجعلوا ماجرت به عادة المتقبل فى صرف ريعه إلى أربابه، حجة يعمل بها.

مسألة: وفى كتاب «المقنع» فى «كتاب الحبس»: وإذا كان الحبس باقيًا وفيه من ترتيب أمر الحبس خلاف مايفعله ولاة الحبس، فيعمل على مافى كتاب الحبس، ولو تلف الكتاب فلا يعرف ما فيه فليحمل أمرها على ما درج عليه أمر ولاتها، ولعلهم على ما فى كتابها عملوا.

مسألة: إذا كانت تحت يد الأب مال لابنته من عين أو عرض على وجه الأمانة بسبب كونها فى ولايته، فادعى الأب أنه جهزها عند بناء زوجها بها، فينبغى على النظر أن يكون القول قوله ما لم يتبين كذبه، لأن العرف جار بأن الآباء يجهزون بناتهم بأموال أنفسهم، فكيف بأموالهن؟ وأما الوصى فبخلاف ذلك لأنه مأمور بالإشهاد بنص التنزيل، فلا ينبغى أن يكون حكمه حكم الأب فى دعواه، أنه جهز البنت بصداقها ولابغير ذلك من مالها إلا بالبينة، وهذا الذى يقتضيه النظر على الأصول؛ من «المتيطية» عن بعض الموثقين، وقال بعض الموثقين: لافرق بين الأب والوصى فى دعواه، أنه جهز محجورته بنقدها.

مسألة: وسئل أبو بكر اللؤلؤى عن النكاح بعقد، ويغفل فيه عن ذكر الشروط وتاريخ الكالىء، فلما كان عند كتب الصداق قال الناكح: لست أريد أن يكتب على شرط ولا أعقده على نفسى، وطول فى أجل الكالئ، وقال المنكح: إنما غفلت عن ذكر ذلك لما جرى فى بلدنا من العرف فيهما، وذلك أن الشروط عندهم أمر معروف لايعدوه أحد إلا الشاذ الخاص، والتاريخ للكالئ، وقال المنكح: إنما غفلت عن ذكر ذلك لماجرى فى بلدنا من العرف فيهما، وذلك أن الشروط عندهم أمر معروف لايَعْدوه أحدٌ إلا الشاذ الخاص، والتاريخ للكالئ ثلاثة أعوام لايعدوه أحد إلا الشاذ، فهل يحمل الأمر على هذا العرف أم لا؟ فأجاب: لايجبر على ذلك وهو بالخيار إن شاء انضم إلى مايقولون أو انضموا إلى مايقول: وإلا فله الانحلال.

وقاله ابن القاسم وروى عنه عيسى: أن النكاح يفسخ إذا لم يذكر للكالئ أجل، وقال بعض الشيوخ الأندلسيين: إنه يحكم على الزوج بالتعارف من الشروط فى البلد الذى هما به، ويلزم إياها والنكاح ثابت.

مسألة: إذا اختلف المتبايعان فى صحة العقد وفساده، فالقول قول مدعى الصحة مع يمينه، فإن نكل حلف الآخر وفسخ البيع، والبينة على مدعى الحرام إلا أن يكون أهل ذلك البلد إنما معاملتهم على المكروه والحرام، فالقول قول مدعى ذلك مع يمينه، لأن استفاضة ذلك وشهرته فى البلد كالبينة القاطعة والشهادة التامة، وعلى مدعى الحلال البينة.

ناقص من اصل المصدر

من

٨١ : ٩٦

ناقص من اصل المصدر
من
٨١ : ٩٦

ناقص من اصل المصدر
من
٨١ : ٩٦

ناقص من اصل المصدر

من

٨١ : ٩٦

ناقص من اصل المصدر
من
٨١ : ٩٦

ناقص من اصل المصدر
من
٨١ : ٩٦

ناقص من اصل المصدر

من

٨١ : ٩٦

ناقص من اصل المصدر

من

٨١ : ٩٦

على أنها رائحة مسكر وجب عليه الحد، وإن اختلفوا فى ذلك فقال بعضهم: رائحة مسكر، وقال بعضهم: ليس برائحة مسكر، فقد قال ابن حبيب: إذا اجتمع منهم اثنان على أنها رائحة مسكر حد، ووجه ذلك أن الشهادة قد قامت وكملت، ولا يؤثر فى ذلك نفى من نفى مقتضاها، كما لو شهد شاهدان أنهما رأياه شرب خمرًا، وقال شاهدان آخران: لم يشرب خمرًا.

مسألة: فإن شك الشهود فى الرائحة هل هى رائحة مسكر أو غيره نظرت حاله، فإن كان من أهل السفه نكل، وإن كان من أهل العدل خلى سبيله، حكاه ابن القاسم فى «العتبية» و«الموازية»، ووجه ذلك أن من عرف بالسفه والشرب والتخليط، خيف أن يكون ما شك فيه ماحرم عليه ووجب أن يزجر عن التسمية بذلك لئلا يتطرق بذلك إلى إظهار معصية، وأما من كان من أهل العدل فتبعد عنه الريبة، والله أعلم.

مسألة: قال القاضى أبو الوليد -رحمه الله: فإذا ثبت ذلك فإن الحد يتعلق بما يقع به الفطر من تجاوز الشراب من الفم إلى الحلق.

مسألة: ولو شهد شاهدان أنه قاء خمرًا لوجب عليه الحد، لأنه لايقيئها حتى يشربها، وقد روى نحو هذا عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه- وسيأتى فى «باب القضاء بالسياسة» صفة الشهادة، وصفة الضارب والضرب، ومايضاف إلى الحد إن شاء الله تعالى.

*****

الباب الرابع والستون

فى القضاء بشهادة الحمل على الزنا

وإن ظهر الحمل بحرة بلدية ليست بغريبة ولا يعرف لها زوج فإنها تحد إذا ظهر بها حمل، لأن ذلك شاهد على الزنا، قال المازرى: وللحمل علامات:

منها: ظهوره، وأقل ما يكون ذلك فى ثلاثة أشهر، وله علامة ثانية وهى الحركة، ولا تكون فى أقل من أربعة أشهر.

ومنها: تحققه ومشاهدته وهو الوضع، وورد الشرع بالاقتصار على العلامة الأولى وهو ظهوره فى الوقت الذى الغالب ظهوره فيه.

فرع: ولا يقبل قول المرأة غصبت وكنت مكرهة إلا أن تظهر أمارة تصدّقها، بأن يرى منها أثر الدم أو صياح أو استغاثة وما أشبهه ذلك مما يدل على صدقها، واختار الباجى سقوط الحد عنها وإن لم يكن ثم أمارة.

فرع: ولا يقبل قولها إنه من زوج طلقنى أو غاب عنى، وأما الطارئة فيقبل ذلك منها لكونها غريبة وصدقها محتمل.

فرع: قال ابن راشد: إن قالت: وطئت بين الفخذين ودخل الماء إلى فرجى، فكان الحمل عن ذلك فينبغى أن يدرأ الحد عنها، لأن ذلك ممكن وقال ﷺ: **«ادرءوا الحدود بالشبهات»**.

مسألة: ومن هذا الباب إذا ظهر الحمل بزوجة الممسوح العسيب والخصىّ، قال ابن حبيب: إذا جاءت زوجته بولد لم يلحق وتحد، وإذا طلقها فلا عدة عليها، وفى «المتيطية»: وكذلك من ليس من أهل الوطء كالمجبوب والحصور، لا عدة على المرأة منهما إلا أن تحمل من مثله فتكون العدة عليها؛ انظر «المتيطية» فى «باب العيوب».

*****

الباب الخامس والستون

فى القضاء باللوث فى الأموال

وإذا أغار قوم على بيت رجل فأخذوا ما فيه، والناس ينظرون إليهم ولم يشهدوا على معاينة ما أخذوا، ولكن علموا أنهم أغاروا عليه وانتهبوا، فقال ابن القاسم وابن الماجشون: القول قول المنتهب مع يمينه، لأن مالكًا قال فى منتهب الصرة يختلفان فى عددها، القول قول المنتهب مع يمينه، وقال مطرف وابن كنانة وابن حبيب: القول قول المنتهب منه مع يمينه فيما يشبه أنه يملكه، ويحمل على الظالم.

فرع: ومن «كتاب الرعينى» قال مالك فيمن دخل عليه السراق فسرقوا متاعه، وانتهبوا ماله وأرادوا قتله، فنازعهم وحاربهم، ثم ادعى أنه عرفهم أو لم يعرفهم، أهو مصدق عليهم إذا كانوا معروفين بالسرقة مستحلين لها أو ترى أن يكلف البينة؟ قال: هو مصدق، وقد نزلت هذه بالمدينة فى زمان - عمر رضى الله عنه - فغرمهم - عمر رضى الله عنه - بقوله ونكلهم عقوبة موجعة ولم يكلفه البينة.

مسألة: وفى فقه «وثائق ابن العطار»: وسئل مالك عن رجلين ابتاعا طعامًا فحمل الحمالون إليهما الطعام، فوجد أحدهما طعامه ينقص غرائر، فذهب إلى الذى كان يحمل إليه الطعام فقال له: انظر لا يكون ذهب إليك من طعامى شىء، فكال الرجل طعامه فوجد فيه زيادة فردها، فأراد الذى ذهب طعامه أن يستحلفه على باقى ما نقصه من الغرائر فقال: ذلك له، وإن نكل حق عليه الحق وقد تقدم هذا أول الكتاب.

*****

الباب السادس والستون

فى القضاء بشهادة الحيازة على الملك

مسألة: فى الحيازة على الغائب وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: وأخبرنى حسين عن ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأصبغ ومطرف فى الغائب، يحاز عليه من ماله وهو على مسيرة دون السبعة الأيام يريد كالخمسة، فإن علم فى غيبته بما حيز عليه من ماله فلم يقدم ولم يوكل حتى طال زمان ذلك، فهو كالحاضر إلا أن يكون له عذر، مثل أن يكون فى يد عدو، أو من وراء بحر، أو يكون ضعيفًا، أو مختلاً، أو امرأة محجوبة وما أشبه ذلك من العذر، فيكون على حقه أبدا وإن أشهد فى غيبته على عذره، وأنه غير تارك لحقه إلا لما يذكره من عذره، كان ذلك أوثق له عندنا، وقد يكون للغائب إن قربت غيبته معاذير يعذر بها إذا ظهرت.

قال ابن حبيب: ثم رجع ابن القاسم فقال: أرى الغائب على مسيرة الثلاثة أيام والأربعة معذورًا فى غيبته، وإن علم بما حيز عليه، وإن لم يكن ضعيفًا فى بدنه ولا مختلاً فى عقله، وأراه على حقه أبدا مازال غائبًا، لأنه قد يكون للغائب معاذير لا تعرف، وقوله: «الأول عندى أحسن»، وهو الذى اجتمع عليه كبار أصحاب مالك، وفى «العتبية» عن ابن القاسم أن الثمانية أيام فى حكم القريب.

فرع: وفى «الطرر» لابن عات: ومغيب المرأة على مسيرة اليوم لا يقع حجتها، لقوله عليه السلام: **«لا يحل للمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم إلا مع ذى محرم منها»**؛ قاله بعض الشيوخ المتأخرين.

فرع: وإن كان غير عالم فهو على حقه إذا قدم ولا حيازة عليه، وإن طالت الحيازة فيه كانت الغيبة قريبة أو بعيدة.

تنبيه: وهو على غير العلم حتى يقيم الحائز بينه، إن كان عالمًا فى غيبته لحيازته لماله.

فرع: وقال مطرف وأصبغ: ونرى السبعة والثمانية وما أشبه ذلك طولاً من الغيبة، وعذرا فى ترك القدوم والطلب والتوكيل، وإن كان عالمًا، إلا أنا نستحب له أن يشهد فى غيبته إذا علم بحيازة ماله عنه، وإن ترك الإشهاد لم يوهن ذلك حجته إلا أن يطول الزمان جدًا، مثل السبعين سنة أو الثمانين وما قاربها، ويكون مع ذلك سماع مستفيض بأنها ملك الذين هى بأيديهم تداولها، هم ومن كان قبلهم بما يحاز به الملك، فيكون ذلك كالحيازة على الحاضر، وإن كانت الغيبة بعيدة، قال ابن حبيب: وبقولهما أقول.

فصل

فى حيازة الأجنبى على الأجنبى

الحاضر الرباع والعقار

وفى «مختصر الواضحة» قال أصبغ: ما حازه الأجنبى على الأجنبى بحضرته وعلمه؛ أى: الحيازات كان من سكنى فقط، أو ازدراع أو هدم أو بنيان صغر شأنه أو عظم، أو غير ذلك من وجوه الحيازات كلها، فذلك توجيه لحائزه، وتقطع حجة صاحبه، وهى كالشهادة على الملك كما يكون الرهن شاهدًا لصاحبه بحيازته إياه، وكما يكون الستر شاهدًا للمرأة بإرخائه عليها، وكذلك أجمع أهل العلم عليه إذا كان على هذا التفسير الذى فسرنا، ورأوا العشر سنين وما قاربها، يعنى كالثمان والتسع حيازة فيما بين المتداعيين.

قال ابن القاسم: وكان مالك لا يؤقت الحيازة لا عشر سنين ولا غيرها، وكان يرى ذلك على قدر ما ينزل من الأمر، ويرى فيه الإمام رأيه وتابعه ابن الماجشون على ذلك، وأن ذلك قد يكون بعضه أقوى من بعض، مثل أن يكون الطالب مجاورًا لحائزه مقيمًا معه ببلده، عالمًا بإحداثه فى ذلك، وبما هدم وبنى لا ينكر ولا يدفع، فإن هذه حالة إقرار لا شىء له معها فيما ادعى من ذلك، وأثبت أصله، وإن لم يكن على ما وصفنا وكان غائبًا عنه، أو كان الطالب مدعيًا لشراء لم يثبته وما أشبه هذا، فذلك للطالب الذى له البينة على أنه له أو لأبيه، أو لمن أخذ ذلك عنه إذا حلف أنه لم يخرج عنه، ولم يزل من يده أو من يد من أخذ عنه بما يخرج به المال من يد ربه، يحلف على نفسه بالبت وفيما سواه بعلمه، وذهب ابن القاسم

وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ إلى توقيت ذلك بعشر سنين، وما قارب العشر وهذا فى العقار والرباع والأرضين، وسيأتى الكلام على الحيوان والعروض - إن شاء الله تعالى - والدليل على ما ذهب إليه ابن القاسم قوله ﷺ: **«من حاز على خصمه عشر سنين فهو أحق به»**، واستدل ائمتنا -رحمهم الله- بالعرف والعادة، ويشترط فى الحيازة أن يكون المحوز عليه غير خائف من الحائز، ولا بينه وبينه قرابة ولا مصاهرة ولا مصادقة ولا شركة، على ما يأتى بيانه - إن شاء الله تعالى.

تنبيه: فى «الطرر» على «التهذيب» لأبى الحسن الطنجى، عن أبى الحسن الصغير قاله عند قوله فى «التهذيب»: ومن أقامت بيده دار سنين ذوات عدد يحوزها ويمنعها ويكريها، ويهدم ويبنى، فأقام رجل بينة أن الدار داره وأنها لأبيه أو جده وثبتت المواريث، فإن كان المدعى حاضرًا يراه يبنى ويهدم ويكرى فلا حاجة له، وذلك يقطع دعواه قوله حاضرًا يراه، لابد هنا من العلم بشيئين وهما: العلم بأنه ملكه، والعلم بأنه يتصرف فيه، ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر، لأنه إذا علم بالتصرف قد يقول بما علمت أنه ملكى، كما يقول الرجل الآن قد وجدت الوثيقة عند فلان فيقبل قوله ويحلف، والعلم بهذين الوصفين؛ قاله فى «الوثائق المجموعة» وابن أبى جمراء.

مسألة: وفى فقه «وثائق ابن العطار»: ولا يقطع قيام البكر غير العنس، ولا قيام الصغير ولا قيام الولى عليه فى رقاب الأملاك، وفى الأحداث الاعتمار بحضرتهم إلا أن يبلغ الصغيرة ويملك نفسه الولى عليه، وتعنس الجارية ويحاز عليهم عشرة أعوام من بعد ذلك، وهم عالمون بحقوقهم لا يعترضون من غير عذر، فينقطع حينئذ قيامهم وما لم يعرفوا بحقوقهم، لم ينقطع قيامهم.

فصل
فى حيازة الأجنبى الحيوان والعروض

قال ابن حبيب، قال لى مطرف وأصبغ: ما حازه الأجنبى من العبيد والإماء والدواب والحيوان كله، والعروض كلها فأقام ذلك فى يديه يختدم الرقيق ويركب الدواب ويحلب الماشية ويمتهن العروض، فذلك كله لحائزه، والحيازة فى ذلك أقل

من عشـر سنين، قطع لحجة مدعيه ومثبـت أصله بعد أن يحلف بالله أنه له دون مدعيـه ومثبت أصله، قالا والحيـوان والعروض أقصر مدة وأقـوى فى الحيازة من الدور والأرضين، التى إنما تحاز بالعمارة والسكنى.

قال أصـبغ: ويرى فى الثيـاب السنة والسنتين حيـازة إذا كانت تحـاز على وجه الملك واللبس، ويرى حيازة الدابة السنتين والثلاث حيازة إذا ملكها وركبها واغتلها وأعملها على وجه الملـك بعلم صاحبها، ونرى الأمة شبـه ذلك والعبد والعروض فوق ذلك شـيئًا، إذا حاز ذلك بالملك وأسـبابه، ولا يلتفت فى مثل هذا وأشـباهه إلى عشـر سنين فيمـا بين الأجنبيين يعنى لا يبلغ فى شـىء من ذلك بين الأجانب إلى عشر سنين، كما يصنع فى الأصول؛ قاله ابن رشد.

قال ابن حبيب: قـال لى مطرف وأصبغ: وما أحدث الحائز فيه بيعًـا أو عتقًا أو تدبيرًا أو كاتبة أو صدقة أو صداقًا أو وطأ فى الإماء، بحضرة مدعيه ويعلمه، وإن لم يبطل زمان ذلك قبل الوطء، فذلك يوجبه لحائزه ويقطع حجة مدعيه، قام بعد ذلك بحدث أو بـغير حـدثانه، إذا ترك التعـيين والإنكار والتكلم عند علمـه بهذا الإحداث، ولا يلتفت فى هذا إلى عشر سنين وإلى ما دونها.

تنبيه: وذكر ابن راشد فى «البـيان» فى «باب الاستحقـاق»: أنه لا فرق فى مدة حيازة الوارث على وارثه، بين الرباع والأصول والثبات والحيوان والعروض، وإنما يفتـرق فى حيـازة الأجنبى على الأجنبى، كمـا تقدم فى حـيازة الأجنبى الحـيوان والعروض، فلو حـاز الورثة بعضـهم على بعض الإماء بالوطء والهـبة وما أشـبه ذلك، فـلا يقطـع حق الورثة فى ذلك طول الزمـان إلا أن يـطول جـدًا، ولم ير الأربعين بطويل جدًا بين الورثة خاصة على ما يأتى فى حيازة بعضهم على بعض؛ ذكره فى «سماع ابن القاسم» وبعضه فى «سماع يحيى»، فانظره.

فصل

فى سؤال الحائز الأجنبى على الأجنبى من أين صار إليه الملك

قال ابن راشد: يختلف الجواب فى ذلك بحسب اختلاف الوجوه.

فوجه لا يسأل الحائز عمـا فى دينه من أين صار إليه، وتبطل دعوى المدعى فيه

بكل حال فلا توجب يمينًا على الحائز المدعى عليه، إلا أن يدعى عليه أنه أعاره أياه فتجب عليه اليمين على ذلك، وهذا الوجه هو إذا لم يثبت الأصل للمدعى، ولا أقر له به الحائز الذى حازه فى وجهه العشرة الأعوام ونحوها، ولو ادعى عليه ما فى يديه أنه ماله قبل أن تنقضى مدة الحيازة عليه فى وجهه لوجبت عليه اليمين.

ووجه يسأل الحائز عما فى يديه من أين صار إليه، ويصدق فى ذلك مع يمينه ولا يكلف البينة على ذلك، وهو إذا ثبت الأصل للمدعى أو أقر به الحائز قبل أن تنقضى مدة الحيازة عليه، فيجب أن يسأل من أين صار إليه؟ ويكلف البينة على ذلك.

ووجه يختلف فيه فقيل: إنه لا يلزم المطلوب أكثر من أن يوقف على الإقرار والإنكار، وقيل: إنه يوقف وليسأل من أين صار إليه، وهو إذا أثبت المواريث ولم يثبت أنها لأبيه أو جده.

مسألة: واختلف إذا كان الحائز وارثًا فقيل: إنه بمنزلة وارثه الذى ورث ذلك عنه فى مدة الحيازة، وفى أنه لا ينتفع بها دون أن يدعى الوجه الذى تصير به ذلك إلى مورثه، وقيل يكون الوارث فى الحيازة أقصر وليس عليه أن يسأل عن شىء، لأنه يقول ورثت ذلك ولا أدرى بما تصير ذلك إلى الذى ورثت عنه، وهو ظاهر قول ابن القاسم وقول الماجشون وهو عندى أبين فى أنه ليس عليه أن يسأل عن شىء، وأما المدة فينبغى أن يستوى فيها الوارث والمورث.

فرع: وتضاف مدة حيازة الوارث إلى مدة حيازة المورث، مثل أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام ومورثه قد حاز خمسة أعوام، فيكون ذلك حيازة على الحاضر.

فصل
فى صفة الحيازات ومراتبها

وهى على ستة أقسام لأنها على مراتب ست:

الأولى: وهى أضعفها حيازة الأب على ابنه والابن على أبيه.

الثانية: حيازة الأقارب الشركاء بالميراث أو بغير الميراث بعضهم على بعض، وهذه المرتبة تلى التى قبلها.

الثالثة: وهى تلى التى قبلها؛ حيازة القرابة بعضهم على بعض فيما لا شركة فيه بينهما.

الرابعة: حيازة الموالى والأختان.

الخامسة: حيازة الأجنبيين لاشتراك بعضهم على بعض.

السادسة: حيازة الأجنبيين بعضهم على بعض فيما لا شركة بينهم فيه وهى أقواها، والحيازة تكون ثلاثة أشياء أضعفها السكنى والازدراع، ويليها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال، ويليها التفويت بالبيع والصدقة والهبة والعتق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك، بما لا يفعله الرجل إلا فى ماله والاستخدام فى الرقيق والركوب فى الدواب كالسكنى والغرس فى الدور والأرضين.

القسم الأول

فأما القسم الأول: وهو حيازة الأب على ابنه والابن على أبيه، فلا اختلاف فى أنها لا تكون بالسكنى والاذراع، قال ابن راشد: ولا باستخدام، فلو بقى العبد بيد الابن زمانًا طويلاً، فلما مات الأب قال: هو لى بوجه كذا من أبى، فقال ابن القاسم: لا ينتفع بطول الحيازة حتى يأتى ببينة على ما ادعاه، والاتفاق على أنها تكون بالتفويت من البيع والهبة والصدقة والعتق والتدبير والكتابة والوطء، واختلف هل يحوز كل واحد منهما على صاحبه بالهدم والبنيان ولاغرس أم لا. على قولين المشهور: أنه لا يجوز عليه بذلك إن ادعاه ملكًا لنفسه قام عليه فى حياته أو بعد وفاته.

قال ابن رشد: يريد والله أعلم إلا أن يطول الأمر جدًا إلى ما يهلك فيه البينات وينقطع العلم.

والقول الثانى: أنه يحوز عليه بذلك، قام عليه فى حياته أو على سائر ورثته بعد وفاته إن ادعاه ملكًا لنفسه، ومثل الأب والابن الجد وابن الابن.

القسم الثانى

وأما القسم الثانى: وهو حيازة الأقارب الشركاء بالميراث أو بغير الميراث فلا اختلاف أيضًا فى أنها لا تكون بالسكنى والازدراع وإن طالت السنون، قال مطرف: إلا أن يكون مثل الخمسين سنة ونحوها، وإن كان بعضهم يغتل الثمار فهو كالسكنى، وأبناؤهم وأبناء أبنائهم بمنزلتهم لا حق لهم فيما عمر الأب والجد إلا أن يطول الزمان جدًا، ولا ينفعه أن يقول ورثت عن أبى، وأبى عن جدى، لا أدرى كيف كان هذا الحق فى أيديهم؟ إلا أن يأتى ببينة على شرط الأصل أو عطية، وكذلك المهر والولى على اختلاف قول ابن القاسم فيهم، ولا خلاف فى أنها تكون حيازة بالتفويت من البيع والهبة والصدقة والعتق والكتابة والوطء وإن لم تطل المدة.

واختلف قول ابن القاسم فى حيازة بعضهم على بعض فى الهدم والبنيان، فقال مرة: إن العشر سنين حيازة، وقال مرة: إنها لا تكون حيازة إلا أن يطول الأمر، كحيازة الابن على أبيه أزيد من أربعين، وما حازه بالكراء كالرجل يكرى ذلك لنفسه ويقبضه بحضرة إخوته وعلمهم، فهم فى ذلك كالأجانب.

القسم الثالث

وأما القسم الثالث: وهو حيازة القرابة بعضهم على بعض فيما لا شركة بينهم فيه، فمرة جعلهم ابن القاسم كالقرابة فى الأشراك، ورجع عن قوله بأن الحيازة تكون بينهم فى العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان، إلى أنه لا حيازة بينهم فى ذلك إلا مع الطول الكثير، ومرة رآهم بخلاف الأشراك، فجعل الحيازة تكون بينهم فى العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان، فيتحصل فيهما جميعًا ثلاثة أقوال.

أحدها: أن العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان حيازة فيهما جميعًا.

والثانى: أنها ليست بحيازة فيهما إلا مع طول المدة.

الثالث: الفرق بينهما فتكون حيازة فى غير الشركاء.

القسم الرابع

وأما القسم الرابع: وهو حيازة الموالى والأختان والأصهار فيما لا شركة بينهم فيه، فمرة جعلهم ابن القاسم كالأجنبيين العشرة الأعوام بينهم حيازة، وإن لم يكن هدم ولا بناء ومرة جعلهم كالقرابة الذين لا شرك بينهم فيتحصل فيهم ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الحيازة تكون بينهم فى العشرة الأعوام وإن لم يكن هدم ولا بناء.

والثانى: أنها لا تكون بينهم فى العشرة إلا مع الهدم والبناء.

والثالث: أنها تكون بينهم بالهدم والبناء إلا أن يطول الزمان جدًا؛ قاله ابن القاسم وإليه رجع.

وقال أصبغ: هم كالأجانب إلا من كان منهم مخالطًا جدًا أو وكيلاً قال ابن راشد: ينبغى أن يكون الخلاف فى حال، فمن علم المسامحة وأشكل أمره فهو حقه وإن طالت السنون، ومن علم منه المشاحة فيكون كالأجنبى، وما قاله ابن راشد ذكره ابن العطار فقال: وقد قيل أيضًا فى الأقارب إن ذلك فى البلدان التى يعرف من أهلها أنهم يسرعون بها لأقاربهم وأصهارهم ومواليهم، وإن كانوا بموضع لا يعرف هذا فيه، انقطعت الحجة باعتمار دون هذه المدة وكانوا كالأجنبيين.

وذكره ابن رشد فى الاستحقاق أوضح من هذا، وقال: إنما الاختلاف المذكور إذا جهل حالهم على ماذا يحمل أمرهم، فمرة حملهم محمل القرابة ومرة حملهم محمل الأجنبيين، وهذا خلاف ما قاله ابن راشد، وهم فى البيع وما ذكر معه كالأجانب.

القسم الخامس

وهو حيازة الأجنبيين الأشراك فلا حيازة بينهم فى العشرة الأعوام إذا لم يكن هدم ولا بناء وتكون مع الهدم والبناء، ولا يدخل اختلاف قول ابن القاسم فى ذلك، وقيل: إنه يدخل فى ذلك.

القسم السادس

وأما القسم السادس: وهوحيازة الأجانب بعضهم على بعض فيما لا شركة بينهم فيه فقد تقدم فيه الكلام والمشهور أن الحيازة تكون بينهم فى العشرة الأعوام وإن لم يكن هدم ولا بنيان ولابن القاسم أنها لا تكون حيازة إلا مع الهدم والبنيان.

تنبيه: ذكرهم الهدم والبنيان ظاهره سواء كان بناء ترميم وإصلاح أو بناء توسع، وكـذلك الهدم ظاهرة سـواء كان هدم مـا يخـشى سقـوطه أو هدم ما لا يخـشى سقوطه، ليوسع ويبنى مسكنًا أو مساكن وليس كذلك، والذى ينفع فى الحيازة هو الهدم والبناء والتوسع وإزالة ما لا يخشى سقوطه، لأن عرف الناس وعادتهم أنهم يأذنون للساكن فى الـرم وإصلاح مائها من الكـراء، ولا يأذنون فى زيادة مسكن؛ من «اللخمى».

فصل: قال ابن راشد: الاتفاق على أن مجـرد الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عنه إلى الحائز، ولكنهـا تدل على الملك كإرخاء الستـر ومعرفة العـفاص والوكاء، فيكون القـول قول الحائر مع يمينه إذا حـازه بحضرة صاحـبه وادعاه ملكًا لنفـسه، بابتياع أو هبة أو صدقـة، وصاحبه حاضر عالم ساكت من غـير عذر على ما تقدم بيانه.

فصل: ولابد للمدعى على الحائز من إثبات موت مورثه إن كان يدعى أنه ورث ذلك، وملك مـورثه له وإن كان يدعى على أنه مـلكه، فلابد من إثبـات ملكه له قبل أن يسـأل الحائز عن شىء، وهذا تقدم الكلام عليه فى أول الكتـاب فى فصل التوقيف؛ فانظره.

فصل: فى صفة الشهادة على الحيازة وفى فقه «وثائق ابن العطار»: إذا قام رجل فى دار وأملاك يدعـيها لنفسـه أو لمورثه وأثبت الملك لها، وكانت فى يد مـعترض لها، فإن توافق الطالب والمطلوب على حـدودها، وجب الإعزار إلى المعترض فى الشهود والقضاء عليه إن عجز، والتسجيل دون حيازة الشهود لها.

وإن سأل الطالب من القاضى الإنزال فيـها، أو وقع تخالف فى بعض حدودها

حازها الشهود المقبولون، ولا يكلف القاضى شهود الحيازة أن يحوزوا ما شهدوا به من الرباع ولو كان الموضع قريبًا، لكن يأمر المشهود له بالرغبة إليهما فى ذلك؛ من «معين الحكام»، وإذا توجه شهود الحيازة ليحوزوا الملك، بعث القاضى معهم شاهدى عدل يحضران حيازة الشهود.

وفى «الطرر»: إنما احتيج إلى موجهى القاضى فى الحيازة مخافة أن يموت شهود الحق، ويعزل القاضى أو يموت فيشهد الموجهان على الحيازة فيتم القول بهما، ولا تعمل الحيازة شيئًا حتى يقول الشاهدان بحضرة الحائزين، هذا الذى شهدنا فيه عند فلان قاضى الجماعة، وإن وقفا إلى العقار وعيناه ولم يقولا هذا كان جهلاً منهما ومن الحاضرين لحيازتهما، أو لم تعمل الحيازة والشهادة شيئًا حتى يوقفا على هذا ويقولا به وتستبين به الشهادة.

وقال فى موضع آخر: ولا يحضر حيازة الشهيدين فى الملك الذى شهدا فيه إلا شاهدان يعرفان عين ذلك الملك وحدوده، أو يكون الملك المشهود به له حدود مشهورة لا تخفى معرفتها، مثل: أن يكون فى القبلة منه أو ناحية غيرها فرنٌ، أو حمام أو درب وحوانيت، أو رحبة شرع بابه إليها وما أشبه ذلك، من الأعلام المثبتة التى يعلم الشاهدان الحيازة بالنظر إليها، أنها الحدود التى قال الشاهدان فى الملك عند القاضى المحدود به، لأن شهادة الحاضرين للحيازة لا تتم حتى يقولا: إن شهيدى حازا بمحضرهما هذا الملك وعينا هذه الحدود.

فإذا لم يعرفا الملك ولا عينا الحدود لم ينتفع بمحضرهما للحيازة، لأنه إذا قال الشهيدان فى ذلك، هذا الملك الذى شهدنا فيه عند القاضى، والحاضر أن للحيازة لا يعرفانه فهو كشهادتهما أولاً عند القاضى، وتكون شهادة الحاضرين للحيازة زورًا، لأنهما يشهدان أن الشهيدين فى أصل الملك حازا الدار، والملك الذى شهدا فيه عند القاضى لا يعرفان، وإن كان ذلك هو الملك أم لا، ولو قالا إن الشهيدين فى الملك عينا بحضرتهما دارا، قالا: إنها التى شهدنا فيها عند القاضى، لم تعمل شهادتهما فى الحيازة شيئًا حتى يقطعا أنهما حازا بحضرتهما الشىء الذى شهد فيه لمعرفتهما لعين الشىء المحوز، وإن كانا لا يعرفان ملك المشهود له أو بوقوفهما على صحة حدوده وباشتهار إعلامه، قال: وهذا من دقيق الفقه وقل من يعرفه.

مسألة: وفى «الطرر»: الموجه من قبل القاضى للحيازة بمنزلة الموجه من قبله للإعذار يجزى فيه واحد عدل.

تنبيه: الغائب وإن كانت غيبته قريبة فهو محمول على عدم العلم حتى يثبت عليه العلم، والحاضر محمول على العلم حتى يتبين أنه لم يعلم؛ قاله ابن رشد.

فصل: وفى «مختصر الواضحة»: وإذا قضى للرجل على الرجل بالدار أو غيرها من الأشياء، فلم يخرجه المقضى من يد المقضى عليه حتى تقادم زمانه، وحازه عليه بعد أن قضى له به، فذلك لا يسقط حق المقضى له، ونحو هذه المسألة فى «البيان».

فصل: إذا عرف أصل دخول الحائز فى الملك مثل: أن يكون دخوله بكراء أو عارية أو غصب أو إعمار، فهو محمول على ذلك ولا ينتفع بحيازته حتى يأتى بأمر محقق من شراء أو صدقة أو هبة ونحو ذلك، إلا أن يطول زمان ذلك جدًا كالخمسين سنة ونحوها، ويكون المقضى عليه قد أحدث بناء وغرسا بحضرة الطالب وهو ساكت من غير عذر فذلك قطع لحجته.

فصل: وحكم تفويت الأجنبى ملك الأجنبى ببيع ونحوه، وتفويت القرابة ذلك بالبيع أو الوطء أو العتق يفترق الجواب فيه، وفيه تفصيل بين أن يفوت الكل أو الأكثر أو الأقل أو النصف؛ فانظر ذلك فى «البيان والتحصيل» لابن رشد مستوفى.

*****

الباب السابع والستون

فى القضاء بشهادة العفاص والوكاء

ويجب رد اللقطة بالبينة أو بالإخبار بصفتها من نحو عفاصها ووكائها وهما المشدود فيه وبه.

مسألة: قال ابن رشد: فإن لم يكن لها وعاء ولا خيط فالمعتبر صفتها الخاصة بها.

فرع: وفى اعتبار الدنانير وسكتها ووزن الدراهم وسكتها قولان: الاعتبار لابن القاسم ونفيه لأصبغ.

فرع: وفى إلزامه اليمين مع الصفة قولان: ألزمه أشهب دون غيره، وترك الإلزام هو الصواب، لأن اليمين لم ترد فى الحديث، واستحسن اللخمى أن يحلف، فإن نكل دفعت إليه، وفى «المتيطية»: قال ابن حبيب: إن نكل عن اليمين فلا شىء له.

مسألة: ويجتزى ببعض الصفات المغلبة على الظن صدق صاحبها هذا هو الصحيح، وقال ابن عبد الحكم: لو أصاب تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعطها إلا فى صورة واحدة وهى أن يذكر عددًا فيوجد أقل منه، لأنه قد ينفق ما نقص وينسى، وأما الصفات فلا ينساها.

فرع: وقال أشهب: إن عرف منها وصفين ولم يعرف الثالث، دفعت إليه وهذا أصح على ما قدمناه، لأن فى الحديث الاكتفاء بوصفين.

فرع: وفى «المتيطية»: إذا عرف وصفين أو عرف الوكاء ولم يعرف ما سواه، فإنه يحلف ويأخذها، فإن نكل لم تدفع إليه، فإن عاد إلى أن يحلف، فأجاز أشهب أن يدفع إليه بوجه واحد وهو إذا عرف الوكاء.

فرع: ولو عرف العفاص وحده فليستأنى بها فإن جاء أحد وإلا دفعت إليه.

فرع: وإن ادعاها رجلان واتفقت صفتهما اقتسماها بعد أيمانهما، فإن نكل أحدهما كانت لمن حلف، قال أشهب: فإن نكلا لم تدفع لهما، وإن زاد أحدهما صفة قضى له بها مثل أن يصفا العفاص والوكاء ويزيد أحدهما العدد أو السكة.

فرع: واختلف إذا اخلفت صفتاهما، فوصف أحدهما الباطن العدد والسكة، والآخر الظاهر العفاص والوكاء، فقيل: من وصف العفاص والوكاء أحق للحديث؛ وقاله أشهب، قال: وكذلك لو عرف العفاص وحده، وقيل: يقتسمانها، وقاله أصبغ: قال الشيخ أبو الحسن وهو أبين.

فرع: وإن أخذها رجل بالصفة ثم أتى آخر فوصف مثل الأول قبل أن يبين بها ويظهر أمرها، قسمت بينهما نصفين، قال الشيخ أبو الحسن: وهذا هو الصحيح من القول، وقال ابن أبى زمنين: إذا جاء آخر فعرف مثل ذلك فلا شىء له، كذلك ذكر بعض الرواة عن ابن القاسم قال: وذكر بعض الرواة عن أشهب: أنه إذا أقام الثانى بينة له أخذها من الذى قبضها، إلا أن يقيم هو أيضًا بينة، وتتكافأ البينتان ولم تؤرخ فتبقى للأول، ولو أرخت البينتان لقضى بأولهما تاريخًا.

فرع: وقال ابن الماجشون: إذا جاء رجل فوصف أو أقام بينة فقال: دفعتها لمن وصفها ولا أعرفه ولا أشهد عليه ضمنها، لأنه فرط إذ دفع بغير بينة يريد إذا لم يعلم دفعها إلا من قوله، ولو علم أنها دفعت بصفة لم يكن عليه شىء، ولا أعرف الآن من هو.

فرع: قال سحنون: إذا وصف سكة الدنانير لم تعط له بذلك حتى يذكر علامة، وقال يحيى بن عمر: يأخذها بذلك يريد إذا كانت دنانير البلد سككًا، فإن كان سكة واحدة لم تدفع إليه قولاً واحدًا.

*****

الباب الثامن والستون

فى القضاء بالقرعة

قال القرافـى - رحمه الله - فى الفرق الأربعين والمائتين: اعلم أنه مـتى تعينت المصلحة أو الحق فى جهة فلا يجوز الإقراع بـينه وبين غيره، لأن فى القرعة ضياع ذلك الحق المعين والمصلحـة المتعينة، ومـتى تساوت الحـقوق والمصالح، فـهذا هو موضع القرعـة عند التنازع دفعًا للضـغائن والأحقاد والرضـا بما جرت به الأقدار؛ انتهى. وهى مشروعة فى مواضع.

أحدها: بين الخلفاء إذا استوت فيهم الأهلية للولاية.

ثانيها: بين الأئمة للصلاة إذا استووا.

ثالثها: بين المؤذنين فى المغرب مع الاستواء أيضًا على ما ذكره ابن شاس.

رابعها: للتقدم للصف الأول عند الزحام.

خامسها: فى تغسيل الأموات عند تزاحم الأولياء وتساويهم فى الطبقات.

سادسـها: فى الحضـانة، ففى «التوضيح»: وتدخل القـرعة بين الأب والأم عند إثغار الذكر لحديـث ورد فى ذلك، وهو اختيار ابن القصار وابن راشـد وغيرهما؛ انظره فى قول ابن الحاجب. وحضانة الذكر حتى يحتلم.

سابعها: عند الزوجات عند إرادة السفر.

ثامنها: فى باب القسمـة بين الشركاء فى الأصول والحيـوان، والعروض والنقود والمصاغ إذا اسـتوى فيه الوزن والقـيمة، وفى ذلك تفـصيل واختلاف مـحله كتب الفقه.

تاسعها: بين الخصوم فى التقدم إلى الحاكم فى الحكم.

عاشرها: بين الخصمين فيمن تكون محاكمتهما عنده.

حادى عشرتها: فى عتق العبيد إذا أوصى بعتقهم أو بثلثهم فى المرض ثم مات، ولم يحملهم الثالث عتق مبلغ الثلث منهم بالقرعة.

ثانى عشرتها: إذا ازدحم اثنان على اللقيط فالسابق أولى وإلا فالقرعة.

ثالث عشرتها: إذا اختلف المتبايعان وقلنا إنهما يتحالفان ويتفاسخان، واختلف فيمن يبدأ باليمين ففيه أقوال:

أحدها: أنه يقرع بينهما، والمشهور تقدمه البائع، وكذلك الزوجان يختلفان فى قدر الصداق فيتحالفان.

رابع عشرتها: وفى «المتيطية»: أن كتابة الوثائق والمكاتيب فرض على من يعلمها إذا لم يكن فى البلد سواه، وإن كانوا جماعة كانت من فروض الكفاية فإن قام بها أحدهم سقطت عن الباقين، وإن امتنع جميعهم اقترعوا فمن خرج اسمه كتب.

خامس عشرتها: فى «شرح الجلاب» فيمن يبدأ به من الوصايا إذا اجتمع عتق الظهار وعتق كفارة القتل وضاق الثلث، فأحد الأقوال فى المسألة أنه يقرع بينهما، لأنه لا يصح عتق بعض الرقبة فيقرع بينهما فيصح لإحداهما.

سادس عشرتها: إذا انكسرت يمين على الأولياء فالمشهور أنها على أكثرهم نصيبًا من الأيمان، وقيل: أكثرهم نصيبًا من الكسر، وقيل: يقرع بينهم عليها.

سابع عشرتها: إذا تقاربت الأنادر وأرادوا الذرو فكان يختلط تبنهم إذا ذروا جميعًا، فيقال لهم: اقترعوا على الذرو، فإن أبوا لم يجبر واحد منهم على قلع أندره، ويقال لمن أذرى على صاحبه أتلفت تبنك لا شىء لك؛ من «الطرر».

ثامن عشرتها: إذا زفت إليه امرأتان فى ليلة أقرع بينهما، وعلى القول بأن ذلك حق له يختار.

تاسع عشرتها: يقرع الحاكم بين الخصمين إذا تنازعا فيمن هو المدعى منهما، وأشكل على الحاكم معرفة المدعى، وقد تقدم ذلك.

الموفى العشرون: تقسم الغنيمة خمسة أخماس، فإذا اعتدلت ضرب عليها بالقرعة، فإذا تعين الخمس أفرد، ثم جمعت الأربعة الأخماس فبيعت وقسم ثمنها أو قسمت الغنيمة بأعيانها من أهل الجيش على ما فى ذلك من الخلاف.

الحادى والعشرون: إذا اجتمعت من جنس واحد واستوى الأولياء فى الفضل وتشاحوا فى التقدم أقرع بينهم.

الثانى والعشرون: إذا اجتمع الخصوم عند القاضى وفيهم مسافرون ومقيمون، وخاف المسافرون فوات الرفقة، قدموا إلا أن يكثروا كثرة يلحق المقيمين منها الضرر فيقرع بينهم؛ ذكره المازرى.

*****

الباب التاسع والستون

فى القضاء بالقافة

قال ابن العربى: الأصل فى القول بالقافة حديث مجزز المدلجى فى إثبات نسب أسامة بن زيد، وتشبيهه الأقدام بعضها ببعض وإن اختلفا فى اللون، فإن زيدًا كان أبيض وأسامة كان أسود، وروى أيضًا أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - حكم بقول القافة.

مسألة: واختلف عن مالك - رحمه الله - هل يجتزى فى ذلك بقائف واحد كالأخبار وهو قول ابن القاسم، أو لابد من قائفين وهى رواية عن أشهب عن مالك؛ وقاله ابن دينار، ورواه ابن نافع عن مالك ووجهه أنه كالشهادة.

قال بعض الشيوخ: والقياس على أصولهم أن يحكم بقول القائف الواحد وإن لم يكن عدلاً، ورواية ابن حبيب عن مالك: أنه يشترط العدالة فى الواحد، وروى ابن وهب عن مالك الاجتزاء بقول واحد كما تقدم عن ابن القاسم ولم يشترط العدالة.

فرع: اختلف فى ثبوت النسب بها هل يكون لواحد أو لاثنين؟ نقل الصردى فى كتابه «نهاية الرائض فى علم الفرائض»، قال: مذهب مالك أنه يكون للرجل أبوان فمن ألحقته به كان بسبيله، وكانت الأمة أم ولد له وغرم لشريكه قيمة نصيبه؛ انتهى فإن أشركهما القافة فيه كان ابنا لهما جميعًا فى قول ابن القاسم وغيره، ويكون على كل واحد نصف نفقته وكسوته وجميع مئونته، فإذا بلغ وإلى من شاء منهما فيكون ابنا له خاصة، وقيل: لا يقبل قول القائف فى الأشراك، ويدعى غيره حتى يلحقه شبهًا.

ويؤيد هذا القول ما نقله القرافى فى «القواعد» فى الفرق الثامن والثلاثين والمائتين، أن رجلين تنازعا مولودًا فاختصما إلى عمر بن الخطاب - رضى الله عنه- فاستدعى لهما القافة فألحقوه بهما فعلاهما بالدرة، واستدعى عجائز من قريش فقلن: خلق من ماء الأول وحاضت على الحمل فاستحشف الحمل، فلما

وطئها الثانى انتعش بمـائة فأخذ شبها بهما، فقـال عمر - رضى الله عنه: الله أكبر وألحق الولد بالأول.

مسألة: ولا تعتمد القافة إلا على أب موجـود بالحياة، قال بعضهم: أو مات ولم يدفن، قيل: ويعتمد على العصبة.

مسألة: ولا يحكم بقول القائف إلا فى أولاد الإمـاء من وطء السيدين فى طهر واحد دون أولاد الحـرائر على المشهور، وقـيل: يقبل فى أولاد الحـرائر؛ قاله ابن وهب واختـاره اللخمى، قـال ابن يونس: وهو أقيـس والفرق على المشـهور بين الحرائر والإماء ذكره الشيخ أبو عمران.

قال: إنما خصت القـافة الإماء، لأن الأمة قـد تكون بين جماعة فيـطئونها فى طهـر واحد فـقـد تسـاووا فى الملك والوطء، وليس أحـدهما بـأقوى من الآخـر فالفراشان مستويان، وكذلك الأمة إذا ابتاعها رجل وقد وطئها البائع ووطئها المبتاع فى ذلك الطهر، لأنهما استويا فى المـلك، وأما الحرة فإنها لا تكون زوجًا لرجلين فى حالة واحدة، فلا يصح فـيها فراشان مستويان، وأيضًـا فولد الحرة لا ينتفى إلا باللعان، وولد الأمة ينتفى بغير لعـان، والنفى بالقافة إنما هو ضرب من الاجتهاد، فلا ينقل ولد الحرة من اليقين بالاجتهاد ولما جاز نفى ولد الأمة بمجرد الدعوى جاز نفيه بالقافة.

مسألة: فإذا وقع رجلان حران أو حر وعبد مسلمان أو كافران، أو مسلم وكافر على أمة فى طهر واحد، فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدا من وطء الثانى، وادعياه جميـعًا دعى للولد القافة، فـمن ألحقوه به كان ابنا له والأمـة أم ولد له، وكذلك وطء السيدين فى طهر واحد بهذه المنزلة.

تنبيـه: **قوله:** فجاءت به لـستة أشهر فـصاعدا ليس على إطلاقـه، قال صاحب «الإملاء» على «الجـلاب»: المقيد عن أبى زيد عـبد الرحمـن اليزناسى إذا أتت به لأقل من ستة أشهر فالولد للأول على كل حـال، وكذلك إذا أتت به لعشرة أشهر أنه للثانى إذ لا يشتـرك الأول، والثانى إلا من ستة إلى تسـعة، وما زاد على ذلك فهو لـلثانى، لأن الغالب على المرأة إذا حملت تضع لـتسعة أشهـر، وما زاد على ذلك فهو نادر، وذلك لا حكم له فلم يبق إلا أن يكون للثانى.

فرع: وعلى القول بأنه يصح إلحاقه بهما حتى يبلغ فيوالى من شاء منهما، لو قال الولد: لا أوالى أحدًا منهما كان له ذلك، وكان ابنا لهما جميعًا يرثانه بنصف أبوة، ويرثهما بنصف بنوة، وقال غير ابن القاسم: ليس له أن لا يوالى واحدًا منهما، ولا يزول النسب بشهوة الولد، ويكون على كل واحد نصف نفقته وكسوة.

مسألة: فإن كان الواطئان حرين أحدهما مسلم والآخر نصرانى، فإن ألحقته القافة بالمسلم لحق به وكانت الأمة أم ولد له وغرم نصف قيمتها للكافر فإن ألحقته بالكافر لحقه وكان على دينه ونسب إليه وكانت الأمة أم ولد له وغرم نصف قيمتها للمسلم، فإن كانت كافرة أقرت عنده، وإن كانت مسلمة عتقت عليه، فإن ألحقته بهما جميعًا كانت الأمة أم ولد لهما، وعتقت الساعة عليهما جميعًا، والولد موقوف حتى يبلغ فيوالى من شاء منهما، فإن والى المسلم فهو ولده على دينه، وإن ولى الكافر كان ولده ويحكم بالإسلام للشك الذى دخل فيه.

مسألة: فلو ادعاه ثلاثة نفر لم يكن لواحد منهم فى قول أكثر العلماء؛ من «المتيطية».

مسألة: قال المتيطى: لو لم توجد القافة فإنه يوقف إلى أن يكبر فيوالى من شاء منهما ونفقته مدة التوقيف عليهما، فإذا والى أحدهما رجع عليه الآخر بما أنفق؛ ذكره فى «باب العهدة».

*****

الباب السبعون

فى القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات وحكم الفراسة على ذلك من الكتاب والسنة وعمل سلف الأمة

قال الله تعالى: ﴿تَعْرِفُهُم بِسِيمَاهُمْ﴾ [البقرة: ٢٧٣]، دل على أن السيما المراد بها حال تظهر على الشخص، حتى إذا رأينا ميتًا فى دار السلام وعليه زنار وهو غير مختون، لا يدفن فى مقابر المسلمين، ويقدم ذلك على حكم الدار فى قول أكثر العلماء.

وقد اختلف فى المذهب إن وجد هذا المذكور مختونًا، ففى كتب ابن حبيب أنه لا يصلى عليه لأن النصارى قد يختتنون، وقال ابن وهب: يصلى عليه، قال الله تعالى: ﴿وَجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾ [يوسف: ١٨] الآية. قال عبد المنعم ابن الفرس: روى أن إخوة يوسف لما أتوا بقميص يوسف إلى أبيهم يعقوب تأمله، فلم ير فيه خرقًا ولا أثر ناب فاستدل بذلك على كذبهم، وقال لهم: متى كان الذئب حليمًا يأكل يوسف ولا يخرق قميصه؟

قال القرطبى فى «تفسير القرآن العظيم»، قال علماؤنا: لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم، قرن الله تعالى بهذه العلامة تعارضها وهى: سلامة القميص من التمزيق، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص، وأجمعوا على أن يعقوب استدل على كذبهم بصحة القميص، فاستدل الفقهاء بهذه الآية فى إعمال الأمارات فى مسائل كثيرة من الفقه، وقال تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَأَىٰ قَمِيصَهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾ [يوسف: ٢٦ - ٢٨].

قال ابن الفرس: هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البينات، فإن قيل: إن تلك الشريعة لا تلزمنا، فالجواب: أن كل ما أنزله الله علينا فإنما أنزله لفائدة فيه ومنفعة وقال تعالى ﴿أُوْلَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ﴾ [الأنعام: ٩٠]، فآية يوسف صلاة الله عليه وسلامه مقتدى بها معمول عليها.

تنبيه: اختلف فى الشاهد الذى صدرت منه المقالة، فروى أنه طفل تكلم فى المهد، قال السهيلى: وهو الصحيح للحديث الوارد فيه عن النبى ﷺ، وقال غيره: إنه رجل حكيم ذو عقل كان الوزير يستشيره فى أموره، وكان من أهل المرأة، قيل: إنه ابن عمها، قال السدى: وهذا القول الثانى هو الصحيح، وبه قال الحسن وعكرمة وقتادة والضحاك ومجاهد.

وروى أيضًا عن ابن عباس: أنه كان رجلاً من خاصة الملك، والحديث الذى روى فيه: أنه طفل تكلم فى المهد، يروى عن ابن عباس وقد تواترت الرواية عن ابن عباس أن صاحب يوسف ليس بصبى؛ نقله القرطبى.

وفى «أحكام ابن الفرس»: ويضعف ما روى عن ابن عباس أن فى «البخارى» ومسلم»: أنه لم يتكلم فى المهد إلا ثلاثة: عيسى ابن مريم، وصاحب جريج، وابن السوداء. ولم يذكر صاحب يوسف.

قال القرطبى: تبين لنا أن الشاهد طفل صغير فلا يكون فيه دلالة على العمل بالأمارات، وإن كان رجلاً فيصح الاحتجاج به، وفيما قاله القرطبى نظر لأنه وإن كان طفلاً فالحجة قائمة منه بإذن الله تعالى، أرشدنا على لسانه إلى التفطن والتيقظ والنظر إلى الأمارات والعلامات، التى يعلم بها صدق المحق، وبطلان قول المبطل، ويكون ذلك أبلغ فى الحجة من قول الكبير، لأن قول الكبير اجتهاد ورأى منه، ونطق الغير من قبل الله تعالى، وفيه تنبيه وإعلام للاستبصار والعثور على الحق، من ذلك أن الله تعالى جعل فور التنور علامة لنوح على حلول الغرق بقومه، وجعل فقد الحوت علامة لموسى عليه السلام على لقائه الخضر، وجعل منع زكريا الكلام ثلاثة أيام إلا رمزا علامة له على هبة الولد.

وأما ما ورد فى السنة النبوية فمواضع:

فمنها: أنه ﷺ حكم بموجب اللوث فى القسامة، وجوز للمدعين أن يحلفوا خمسين يمينًا ويستحقوا دم القتيل فى حديث حويصة ومحيصة، واللوث دليل على القتل، فإن قلت: فإذا كانت القسامة لا تجب عند مالك - رحمه الله - إلا مع اللوث، فأين اللوث فى حديث حويصة ومحيصة؟ قلت: قد أجابوا على ذلك بأن الحديث فيه ذكر العداوة بينهم، وأنه قتل فى بلدهم وليس فيها غير اليهود.

وقال المازرى - رحمه الله: عندى أن الأظهر فى الجواب أن القرائن تقوم مقام الشاهد، فقد يكون قد قام من القرائن ما دل على أن اليهود قتلوه ولكن جهلوا عين القاتل، ومثل هذا لا يبعد إثباته لوثًا، فلذلك جرى حكم القسامة فيه، والله أعلم.

ومنها: ما ورد فى الحديث الصحيح فى قضية الأسرى من قريظة لما حكم فيه سعد: أن تقتل المقاتلة وتسبى الذرية، فكان بعضهم يدعى عدم البلوغ، فكان الصحابة يكشفون عن مؤتزرهم فيعلمون بذلك البالغ من غيره، وهذا من الحكم بالأمارات.

ومنها: أنه ﷺ أمر الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها، وجعل وصفه لعفاصها ووكائها قائمًا مقام البينة.

ومنها: حكم رسول الله ﷺ وخلفائه من بعده بالقافة وجعلها دليلاً على ثبوت النسب، وليس فيها إلا مجرد الأمارات والعلامات.

ومنها: ابنا عفراء تداعيا قتل أبى جهل يوم بدر، فقال لهما رسول الله ﷺ: **«هل مسحتما سيفيكما؟»** قالا: لا، فقال ﷺ: **«أريانى سيفيكما»**، فلما نظر فيهما قال لأحدهما: **«هذا قتله»** وحكم له بسلبه.

ومنها: أنه ﷺ: أمر الزبير بعقوبة الذى اتهمه بإخفاء كنز ابن أبى الحقيق، فلما ادعى أن النفقة والحروب أذهبته قال ﷺ: العهد قريب والمال أكثر.

ومنها: أنه ﷺ فعل بالعرنين ما فعل بناء على شاهد الحال، ولم يطلب بينة بما فعلوا ولا وقف الأمر على إقرارهم.

ومنها: حكم عـمر بن الخطاب - رضى الله عنه - والصـحابة مـعه مـتواترون برجم المرأة إذا ظهر بهـا حمل ولا زوج لها، وقال بذلك مالك وأحـمد بن حنبل اعتمادًا على القرينة الظاهرة.

ومنها: ما رواه ابن مـاجه وغيره عن جـابر بن عبد الله قال: أردت السـفر إلى خيبر، فـقال لى رسول الله ﷺ: «**إذا جئت وكيلى فـخذ منه خمسة عشـر وسقا فإذا طلب منك آية فضع يدك على ترقوته**» فأقام العلامة مقام الشهادة.

ومنها: قوله ﷺ: «**الأيم أحق بنفسها مـن وليها، والبكر تستأمر فى نفـسها، وإذنها صماتها**»، فجعل صمـاتها قرينة على الرضا، وتجوز الشهادة عليـها بأنها رضيت، وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن.

ومنها: حكم عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - وابن مسعود وعثمان - رضى الله عنهم - ولا يعلم لهم مخالف بوجوب الحد على من وجد منه رائحة الخمر أو قاءها اعـتمـادًا على القرينة الظاهرة وهو مـذهب مالك - رحـمه الله - وسـيأتى الكلام مفصلاً على كثير من هذه الأدلة في أبوابه - إن شاء الله تعالى.

فصل

فى بيان عمل فقهاء الطوائف الأربعة بالحكم والقرائن والأمارات

قال ابن العربى: عـلى الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعـارضت فما ترجح منها قضى بجـانب الترجيح وهو قوة التهمة ولا خـلاف فى الحكم بها وقد جاء العـمل فى مسائل اتفقت عليـها الطوائف الأربعة، وبعـضها قال بهـا المالكية خاصة.

الأولى: أن الفقهاء كلهم يقـولون بجواز وطء المرأة إذا أهديت إليه ليلة الزفاف، وإن لم يشهد عنده عدلان من الرجال أن هذه فلانـة بنت فلان التى عقدت عليها، وإن لم يسـتنطق النساء أن هـذه امرأته اعـتمـادًا على القرينـة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة.

الثانية: أن الناس قديمًا وحديثًا لم يزالوا يعتمدون على الصبيان والإماء المرسل معهم الهدايا وأنها مرسلة إليهم، فيقبلوا أقوالهم ويأكلوا الطعام المرسل به. ونقل القوافى: أن خبر الكافر فى ذلك كاف.

الثالثة: أنهم يعتبرون إذن الصبيان فى الدخول إلى المنزل.

الرابعة: أن الضيف يشرب من كوز صاحب البيت ويتكىء على وسادته ويقضى حاجته فى مرحاضه من غير استئذان، ولا يعد فى ذلك متصرفًا فى ملكه بغير إذنه.

الخامسة: جواز أخذ ما يسقط من الإنسان إذا لم يعرف صاحبه مما لا يتبعه الإنسان نفسه كالفلس والتمرة والعصا التافه الثمن ونحو ذلك.

السادسة: جواز أخذ ما يبقى فى الحوائط والأقرحة من الثمار والحب بعد انتقال أهله عنه وتخليته وتسييبه.

السابعة: جواز أخذ ما يسقط من الحب عند الحصاد مما لا يعتنى صاحب الزرع بلقطه.

الثامنة: جوز أخذ ما ينبذه الناس رغبة عنه من الطعام والخرق والخزف ونحو ذلك.

التاسعة: أن صاحب المنزل إذا قدم الطعام للضيف جاز له الإقدام على الأكل، وإن لم يأذن له لفظا إذا علم أن صاحب الطعام قدمه له خاصة، وليس ثم غائب ينتظر حضوره اعتبارًا بدلالة الحال الجارية مجرى القطع.

العاشرة: إذنه ﷺ للمار بثمر الغير أن يأكل من ثمره ولا يحمل منه شيئًا، وحمل بعضهم ذلك على غير المحوط وما ليس له حارس.

الحادية عشرة: جواز قضاء الحاجة فى الأقرحة والمزارع التى فيها الطرقات العظام بحيث لا تنقطع المارة، وكذلك الصلاة فيها وإن كانت مملوكة، ولا يكون ذلك غصبًا لها ولا تصرفًا ممنوعًا.

الثانية عشرة: الشرب من المصنوعة على الطرقات، وإن لم يعلم الشارب إذن أربابها فى ذلك لفظًا اعتمادًا على دلالة الحال لكن لا يتوضأ منها، لأن العرف لا يقتضيه إلا أن يكون هناك شاهد حال يقتضى ذلك فلا بأس بالوضوء حينئذ.

الثالثة عشرة: جواز شهادة الشاهد على القتل الموجب للقصاص أنه قتله عمدًا عدوانًا محضًا وهو لم يقل قتلته عمدًا، والعمدية صفة قائمة بالقلب، فجاز للشاهد أن يشهد بها اكتفاء بالقرينة الظاهرة.

الرابعة عشرة: قولهم فى الركاز إذا كان عليه علامة المسلمين سمى كنزا وهو كاللقطة، وإن كان عليه شكل الصليب أو الصور أو اسم ملك من ملوك الروم فهو ركاز، فهذا عمل بالعلامات.

الخامسة عشرة: إذا استأجر دابة جاز له ضربها إذا حرنت فى السير وإن لم يستأذن مالكها. وكذلك ركوبها بالمهاميز.

السادسة عشرة: جواز إذن المستأجر للدار لأضيافه وأصحابه فى الدخول والمبيت وإن لم يتضمن ذلك عقد الإجارة.

السابعة عشرة: جواز غسل المستأجر الثوب المستأجر إذا اتسخ وإن لم يستأذن المؤجر فى ذلك.

الثامنة عشرة: أنه يجوز للوكيل على بيع السلعة قبض ثمنها وإن لم يأذن له فى ذلك لفظًا اعتمادًا على قرينة الحال.

التاسعة عشرة: إذا وجدنا هديا مشعرًا منحورًا وليس عنده أحد جاز الأكل منه للقرينة الظاهرة.

العشرون: لو اشترى طعامًا أو خشبًا فى دار رجل، فله أن يدخل داره من باب الدواب والرجال من يحول ذلك وإن لم يأذن له المال.

الحادية والعشرون: القضاء بالنكول واعتباره فى الأحكام، وليس ذلك إلا رجوعًا إلى مجرد القرينة الظاهرة، فقدمت على أصل براءة الذمة.

الثانية والعشرون: جواز دفع اللقطة لواصف عفاصها ووكائها اعتمادًا على مجرد القرينة، قال ابن الفرس: واختلف أصحابنا فى الوديعة والسرقة وشبهها إذا جهل صاحبها، هل تقبل فى ذلك الصفة كاللقطة أم لا؟

الثالثة والعشرون: إذا تنازعا جدارا حكم به لصاحب الوجه ومعاقد القمط والطاقات والجذوع وذلك حكم بالأمارات.

الرابعة والعشرون: قال أصحابنا: إذا تنازع الزوجان فى متاع البيت، فإن للرجل ما يعرف للرجال وللمرأة ما يعرف للنساء، وقد تقدم الكلام على ذلك فى بابه.

الخامسة والعشرون: النظر فى أمر الخنثى والاعتماد فيه على الأمارات والعلامات والقرائن الدالة على إحدى حالتيه.

السادسة والعشرون: معرفة البكر بصماتها اعتمادًا على القرينة الشاهدة بذلك.

السابعة والعشرون: اعتبار اللوث والاعتماد عليه فى الإقدام على القسامة والأخذ بالقود.

الثامنة والعشرون: إرخاء الستر على الزوجة أو الخلوة بها، قال أصحابنا: إذا دخل الرجل بامرأته وأرخى الستر عليها ثم طلق وقال: لم أصبها، وقالت: قد وطئنى صدقت، وكان عليه الصداق كاملاً، واختلف هل يلزمها يمين أم لا؟

التاسعة والعشرون: إذا وجدت وثيقة الدين بيد المطلوب ممحوة وهو يدعى أنه دفع ما فيها، وسلمها رب الدين إليه، ورب الدين منكرًا لذلك ويدعى على سقوطها، فاختلف أصحابنا فى ذلك، وقد تقدم حكمها فى «باب القضاء بشهادة الوثيقة» فيكون القول قوله مع يمينه.

الثلاثون: دعوى المرأة الاستكراه فى الزنا وهى متعلقة بالمدعى عليه، أو بها أثر أو أمارة كالصياح وشبه ذلك، فإن ذلك قرينة يدرأ عنها الحد لأجلها.

الحادية والثلاثون: قال أصحابنا: إذا شهد شاهدان فى الصحو فى المصر الكبير على هلال رمضان ولم يره غيرهما، قال سحنون: هما شاهدا سوء، فإذا قبلا فعدَّ ثلاثون يومًا ولم ير الهلال والسماء مصحية، قال مالك: هما شاهدا سوء، لأن ذلك قرينة ظاهرة فى كذبهما.

الثانية والثلاثون: استلحاق من يكذبه العقل لصغر المستلحق أو الشرع لشهرة نسبه أو تكذبه العادة، كما سيأتى فى التاسعة والثلاثين.

الثالثة والثلاثون: إقرار المريض لوارث أو صديق ملاطف لا يقبل لقيام قرينة فى قصده نفعهم أو اتصال ذلك لبعض ورثته على يد صديقه.

الرابعة والثلاثون: بيع المضغوط وإقراره لا يجوز لقيام قرينة الإكراه.

الخامسة والثلاثون: وجوب إقامة الحد على المرأة إذا ظهر بها حمل ولم يكن لها زوج، وكذلك الأمة إذا لم يكن لها زوج ولا سيد معترف أنه وطئها.

السادسة والثلاثون: وجوب الحد على من وجد منه رائحة الخمر أو قاءها.

السابعة والثلاثون: ما ذهب إليه مالك وأحمد - رحمهما الله تعالى: من أنه لا يقبل قول المرأة أن زوجها لم يكن ينفق عليها فيما مضى من الزمان وهما فى بيت واحد، لأن ذلك قرينة دالة على كذبها.

الثامنة والثلاثون: انعقاد التبايع بالمعاطاة من غير لفظ اكتفاء بالقرائن والأمارات الدالة على الرضا، وقال بهذه المالكية والحنابلة. وقال بها الحنفية فى المحقرات وخالفهم الشافعى - رحمه الله - فى ذلك.

التاسعة والثلاثون: أن مالكًا وأصحابه - رحمهم الله - منعوا سماع الدعوى التى لا تشبه الصدق عرفًا، بل العرف يدل على كذبها كدعوى رجل لدار بيد حائز يتصرف بالهدم والعمارة مدة طويلة نحو عشر سنين، والمدعى مشاهد ساكت، ولا ثمَّ مانع من خوف ولا قرابة ولا صهر فإن ذلك قرينة دالة على كذب الدعوى، وكذلك لو ادعى رجل على رجل أنه سرق متاعه والمدعى عليه ممن لا يتهم، فإن المدعى لا تسمع دعواه لقيام شاهد الحال على كذبه وقصده الأذى، ويؤدب المدعى على خلاف فى ذلك.

الأربعون: قال أصحابنا: إذا رأينا رجلاً مذبوحًا فى دار والدم يجرى، وليس فى الدار أحد ورأينا رجلاً قد خرج من عنده فى حالة منكرة، علمنا أنه الذى قتله، وكان لوثًا يوجب القسامة والقود للقرينة الظاهرة.

الحادية والأربعون: قال بعض أصحابنا: يجوز للرجل أن يلاعن امرأته ويشهد عليها بالزنا مؤكدًا لذلك بأيمان اللعان إذا اعتقد وقوع الزنا وإن لم يكن رآها تزنى، كما يجوز للأعمى على المشهور فى لعانه اعتمادًا على القرائن والأمارات.

الثانية والأربعون: أن مالكًا - رحمه الله - يجعل الرهن كالشاهد فى قدر للدين إلى مبلغ قيمة الرهن.

الثالثة والأربعون: إذا وجد فى تركة أبيه بخط أبيه أن له عند زيد كذا جاز له الدعوى بذلك، فإن رد المدعى عليه اليمين عليه جاز له الإقدام على الحلف، اعتمادًا على صحة ما كتبه أبوه لما يعلمه من صدقه وتثبته فيما يضع به خطه، وقد تقدم هذا فى الدعاوى.

الرابعة والأربعون: إذا صاد بازيا فى رجليه سباقان، أو ظبيا فى أذنيه قرطان أو فى عنقه سلك جوهر، فليس لواجده فيه شىء وعليه أن يعرفه كاللقطة، لأن ذلك قرينة على أنه كان مملوكًا لغيره.

الخامسة والأربعون: لو اشترى سمكة فوجد فى بطنها جوهرة مثقوبة فعليه تعريفها، وإن كانت غير مثقوبة ما يعلم أن الأملاك لم تداولها، فقال بعض الشيوخ: هى للبائع، وقال الأبيانى: هى للمشترى، كمن باع حجرًا لا يعلم ما هو؟ فإذا هو جوهرة فهى للمشترى؛ من «المذهب» لابن راشد.

السادسة والأربعون: لو حلف لزوجته بطلاق من يتزوج فى حياتها، ثم بانت منه ثم تزوج، وقال: نويت ما كانت فى عصمتى، فإنه يقبل ذلك منه للقرينة التى تصدقه فى الفتيا والقضاء؛ من «المذهب».

السابعة والأربعون: لو مر رجل بعبد على العشار فمسكه وأراد أن يأخذ عليه شيئًا، فقال سيده: هو حر، فذلك له إذا ادعى أنه قال ذلك خوفًا من العشار.

الثامنة والأربعون: إذا غنم المسلمون شيئًا من مال المشركين فوجد عليه علامة المسلمين: كالمصحف أو الفرس موسوم على فخذه حبس لله تعالى، فإن ذلك قرينة على أنه لمسلم، فإن عرف ربه دفع له بلا ثمن على ما هو مذكور فى «باب الجهاد».

التاسعة والأربعون: قال ابن راشد: إذا ادعى على رجل أنه تخلف عن الجيش فى الجهاد، وقد غنم المسلمون وأرادوا منعه من نصيبه، فإن ظهرت أمارات تدل على تخلفه أو عدم تخلفه، عمل على ذلك ووجب المصير إليه، كما لو شهدت عليه بينة وإلا دين.

الخمسون: نحكم بكفر من تردد إلى الكنيسة أو لبس الزنار فى بلاد الإسلام أو ألقى المصحف فى القاذورات أو لطخ الحجر الأسود بالنجاسة لأن هذه الأفعال قرينة دالة على الكفر وإن لم تكن فى نفسها كفرًا؛ نقله ابن راشد، وابن عبد السلام.

فصل: ومن فروع هذا الباب قال ابن راشد فى «المذهب»: لا يجوز بيع مواضع المساجد الخربة، ولا بأس ببيع نقضها إذا خيف عليه الفساد للضرورة إلى ذلك، وذكر ابن مزين أن نقضه يؤخذ فينتفع به سائر المساجد ويترك منه ما يكون علمًا له لئلاً يندرس أثره، فانظره كيف جعل ما يبقى من آثاره دليلاً شاهدًا بأنه حبس وأنه مسجد، ويكون وجود ما يبقى كوجود المسجد بكماله.

فروع: وفى «الطرر»: إذا وجد رجلاً يبيع فرسا عليه وسم الحبس وقال: إنما وسمته مخافة العمال ولم أحتبسه، فإن عرف ذلك من ناحية الناس حلف وأطلق على بيعه.

وكتب القاضى ابن السليم إلى القاضى أبى بكر بن زرب: فى رجل من أهل الثغر بيده فرس موسوم فى فخذه حبس لله تعالى، رفع إلى القاضى فسأل عن وجه تملكه للفرس، فقال: شريته ببلاد البرابر، فلما جئت سجلماسة خفت أن أغرم عليه أو ينزع فوسمته، هذا رجاء أن يطلق، فكتب إليه القاضى ابن زرب إن لم يعرف ملكه للفرس من قبل هذه السمة وإلا أقام بينة بما ادعاه وخلى بينه وبينه، وإن لم تقم بينه بما ادعاه فامضه فى سبيل الله على ما ظهر من وسمه، ولا يصدق المتعدى فى هذا إلا ببينة ويؤيد ذلك ما روى أن رسول الله ﷺ كان يسم إبل الصدقة وحدها وإبل الجزية وحدها، فدل على أن الوسم أثر يعمل به ما لم يعارضه معارض.

وقد حكم النبى ﷺ بالأثر فى السيف فى قضية ابنى عفراء، تقدم ذكرها فى «باب التعريف بالبينة وحقيقتها»، وفى قصة عبد الله بن أنيس وأصحابه: لما دخلوا الحصن على ابن أبى الحقيق ليقتلوه وكان ذلك ليلاً، فوقعوا فيه بالسيوف، ووضع عبد الله بن أنيس السيف فى بطنه وتحامل عليه حتى نبع ظهره، فلما رجعوا وقد قتلوه نظر عليه الصلاة والسلام إلى سيوفهم، فقال: هذا قتله لأنه رأى على السيف أثر الطعام.

تنبيه: فيما ذكرناه فى الوسم وقع فى «الطرر» لابن عات فى الراعى يرعى لقوم فتختلط ويتداعوا فى شياه منها، فعلى قول مالك يحلف من يقر له الراعى أنها له إذا كان عدلاً، وإن لم يكن عدلاً ولم تقم له بينة حلفوا وكانت بينهم، ومن نكل كانت للحالف منهم، وفى قول أبى الحسن القول قول الراعى إذا لم تقم بينة لأحدهم، وليس الوسم بشيء ما أراد به، ولعل مراده أن الوسم قد يتفق فلا يرفع النزاع، والله أعلم. وقد قال أصبغ: فيمن وهب من غنمه مائة ولم يفرزها ولا وسمها حتى مات أنه لا ينفذ، فانظر مفهوم كلامه أنها لو وسمت تميزت وصحت الهبة، انظر «ابن سهل» فى الجزء الثانى فى «رسم الشهادات فى هبة نصف دار».

مسألة: ومن الحكم بالقرائن أن الراعى إذا عامله بعض أهل القرية ولم يعامله بعضهم وألقوا بقرهم فحرزها الراعى حتى تمت المدة فله أخذ أجرته، ولا كلام لهم فى ترك معاملته لأنهم يحملون على الرضا بمعاملته، وكذلك إن رعى ثور الغائب أو حاضر بغير أمره كان له أجرته فيما رعاه، ولا كلام لصاحب الثور بأن يقول هلا دفعته عن نفسك.

مسألة: ومن ذلك إذا أشهد الرجل أن لابنه الذى فى حجره عنده من غلة الملك الذى حبسه عليه كذا وكذا دينارًا واستقرت له بيده، فإقراره لولده بذلك صحيح إذا أشهد فى صحته، إلا أن يتبين كذبه بأن تكون الغلة التى أشهد له بها، لا يستوفى مثلها من الحبس فى المدة التى ذكر من حين تاريخ الوقف إلى يوم الإشهاد بالمبلغ، فإذا تبين كذبه كان للابن مقدار الغلة ورجع الباقى ميراثًا.

مسألة: ومن ذلك إذا كان تحت يد الأب لولده أو الوصى لمحجوره مال وعلى الصغير دين، فادعى الأب أو الوصى نفاد المال الذى تحت يده ولم يعلم نفاده واتهم على كتمه، فإنه يحبس ولا يقبل قوله لأنه ادعى خلاف الظاهر، وسيأتى ذكر هذه المسألة فى «مسائل السياسة» فى «باب الوصايا».

مسألة: ومن ذلك إذا باع ثوبًا مرابحة ثم ادعى أنه غلط على نفسه، وأن ثمنه أكثر مما ذكر لم يصدق فى دعواه، قالوا: إلا أن يظهر من رقم الثوب الذى قبضه المشترى ما يستدل به على الغلط.

قال فـى «المدونة»: فيـحلف البائع ويصـدق، وزاد الباجى: أو يرى مـن حال الثوب ما يدل على صدقه لرخصه مثلا فيصدق فى دعواه.

(مسألة) إذا حصل فى المركب عطب بسـبب العدو فقتل بعض أصـحاب المتاع ومات بعضهم ووجـد على بعض الرحال مكتوب اسم صاحبهـا فهل تسلم لورثته بذلك أو لا؟ قـال الشيخ أبو عـمران الفـاسى: إذا كان يملك مـثل ذلك واعـترف صاحب المركب بأنه لهم حكم به لهم؛ من «الحاوى فى الفتاوى» لابن عبدالنور.

(مسألة) ومن ذلك إذا ولد صبى فى بلد الشرك وأتى به محمـولاً مثل الصقالبة والزنج فادعى رجل أنه ولده ويعرف أن المدعى لم يدخل تل البلاد قط فهذا وشبهه يعرف به كذبه وأما إذا لم يعلموا أنه لم يدخل تلك البلاد فإقراره جائز.

(مسألة) وكذلك لو باع رجل صبيا ثم أقـر أنه ابنه فقامت بينة أن أم هذا الغلام لم تزل ملكا لفلان أو لم تزل زوجة لفلان حتى هلكت عنده استدل بها على كذب المدعى، وقال ابن القاسم: أما الأمة فلا أدرى لعله كان زوجها وأما الحرة فلا شك فى كذبه.

(مسألة) وإذا كان لك مـال فى ذمة رجل فأمرته أن ينفـقه فى عمارة دار فـقال أنفقته وفى الدار أثر فإنه يصدق قوله مع يمينه؛ من «ابن يونس» فى «باب القراض» ولعله يريد أن ذلك الأثر يشبه أن ينفق فيه مثل ذلك.

(مسألة) ومن ذلك إذا وهب هبة تقتضى أنه يريد بهـا الثواب فإن القرائن الدالة على أنه قصد الثواب تـقوم مقام الشرط مثل أن يهب الفقـير لغنى بخلاف العكس فإن هبة الغنى تدل على أنه لم يرد الثواب؛ من «التقريب» على «التهذيب».

(مسألة) ومن ذلك إذا شهد وحلف ففى قبول شـهادته قولان لقيام القرينة على حرصه على قبول شهادته وتنفيذها وكذلك لو خاصم الشاهد المشهود عليه فى حق المشهود له فـإنه لا تقبل لقيام القرينة على تهـمته فإنه خاصـمه فى حق الله تعالى ففى قبول شهادته قولان وكذلك شهادة البدوى للقروى لقرينة التهمة إذا أشهده فى الحضر وعدل عن غيره من الشهود، ومسائل هذا الباب يكثر تعدادها وهى مذكورة فى «باب الشهادات».

(مسألة) ومن ذلك إذا أدعت الأمة أنها ولدت من سيدها وأنكر ولادتها وزعم أنها التقطته ولم تقم لها بينة فقال بعض المتأخرين من أهل المذهب: ينظر إليها النساء فإن رأوا عليها أثر الولادة صدقت.

(مسألة) وكذلك المستحاضة إذا تغير عليها لون الدم ورائحته حكمنا بأنها حيضة مؤتنفة ويبنى على تلك الأمارة خروجها من العدة وحلها للأزواج.

(مسألة) ومن ذلك الحكم بصحة بيع الأبكم الأصم ولعانه والشهادة عليه لأن ذلك كله بالإشارات المفهمة فقامت تلك الإشارات مقام اللفظ الصريح.

(مسلة) ومن ذلك إذا وجب حد على صبى وشك فى بلوغه أو طلب حقا يستحقه البلوغ كسهمه من الغنيمة وادعى أنه قد بلغ فإنه ينظر هل أنبت أم لا والأصل فى ذلك قضية بنى قريظة وأن الصحابة كانوا يقتلون من الصبيان من أنبت وذلك بحضرة رسول الله ﷺ فهو دليل يحكم به على البلوغ.

(مسألة) وكذلك لو بنى مسجدا وأذن بالصلاة فيه فذلك كالتصريح بأنه وقف ولم يخص زمانا ولا شخصا ولا قيد الصلاة فيه بفرض ولا نفل فلا يحتاج إلى شىء من ذلك ويحكم بوقفته.

(مسألة) ذكرها بعض الحنابلة وهى جارية على قواعد المذهب قال فإن قيل: ما يقولون فى كتب العلم يوجد على ظهورها وهوامشها كتابة الوقف هل للحاكم أن يحكم بكونها وقفا بذلك؟ قيل: هذا يختلف باختلاف قرائن الأحوال فإذا رأينا كتبا مودعة فى خزانة فى مدرسة وعليها كتابة الوقف وقد مضى عليها مدة طويلة كذلك وقد اشتهرت بذلك لم نشك فى كونها وقفا وحكمها حكم المدرسة فى الوقفية فإن انقطعت كتبها أو فقدت ثم وجدت عليها تلك الوقفية وشهرة كتب المدرسة فى الوقفية معلومة فيكفى فى ذلك الاستفاضة فإن الوقف يثبت بالاستفاضة ويثبت بالسماع ويثبت مصرفه بذلك، وأما إذا رأينا كتابا لا يعلم مقره ولا يعرف من كتب عليه الوقفية فهذا يجب التوقف فى أمره حتى يتبين حاله وهو عيب يثبت للمشترى به الرد، وفى «الطرر» لأبى الحسن الطنجى على «التهذيب» فيما غنمه المسلمون من مال المشركين فوجدوا فرسا فى الغنيمة عليه موسوم حبس

لله وكذلك غيرها مما عليه علامة الحبس؛ قال سحنون: ما وجد عليه علامة الحبس فإنه يبقى حبسا فى السبيل وفيه خلاف وقول سحنون يؤيد ما ذكرناه والمعول فى ذلك على القرائن فإن قويت حكم بها وإن ضعفت لم يلتفت إليها وإن توسطت توقف فيها وكشف عنها وسلك طريق الاحتياط هذا كله ما لم يعارض معارض فإن عارض ذلك شيء نظر فيه؛ انتهى. وهذا موافق لما تقدم فى الجواب فى مسألة الفرس الحبس.

(تنبيه) فإذا تقرر هذا فينبغى الاعتماد على ما يوجد على أبواب الربط والمدارس من الأحجار المكتوب عليها الوقفية وتلخيص شروطها إذا كانت تلك الأحجار قديمة واشتهر ذلك وقد تقدم فى باب القضاء بالعرف والعادة أنه يقبل قول متولى نظر الوقف فى مصرفه إذا لم يوجد كتاب الوقف وذكر أن العادة جرت بصرف غلته فى الوجوه التى يذكرها وكذلك فى مسألة متقبل الحمام وفى مسألة من كان تحت يده حبس وأقر بأنه حبس وذكر أن مصرفه فى وجوه عينها فإن ذلك كله يقبل ويعمل عليه إذا لم يوجد كتاب الوقف ولم يعارضه معارض فلذلك ينبغى الاعتماد على الأحجار المتحقق أنها قديمة ما لم يعارضها معارض.

(فرع) لو بنى الموقوف عليه فى الوقف أو أصلح فيه شيئا وسكت عنه حتى مات فإنا نحكم وقفيته سواء كان كثيرا أو يسيرا وهو قول مالك -رحمه الله- وفرق بعضهم بين الكثير والقليل وقال ابن القاسم: هو لورثته ولم ير ما قال مالك وعن ابن القاسم أيضا: أنه حبس؛ انظر «ابن راشد» فى «شرح ابن الحاجب لأن سكوته عن ذكر ذلك والوصية به لأولاده أمارة على أنه أراد بذلك إلحاقه بالحبس» والله أعلم.

(مسألة) ومن هذا الباب التقليد فى القبلة قال الشيخ أبو بكر الطرطوشى فى كتابه «تعليقة الخلاف»: حكى القاضى أبو الحسين بن القار قال: مذهب مالك -رحمه الله- إذا دخل رجل بلدا خرابا لا أحد فيها وقد مضى وقت الصلاة فإن كان من أهل الاجتهاد أو لم تخفف دلائل القبلة رجع إلى اجتهاده ولم يلتفت إلى تلك المحاريب وإن خفت عليه الدلائل أو لم يكن من أهل الاجتهاد وكانت القرية للمسلمين صلى إلى تلك المحاريب لأن الظاهر من بلاد المسلمين أن مساجدهم

وآثارهم لا تخفى وأن قبلتهم ومحاريبهم على ما توجبه الشريعة وأما إذا كانت محاريب منصوبة فى بلاد المسلمين العامرة فى المساجد التى تكثر فيها الصلاة وتتكرر ويعلم أن إماما للمسلمين بناها فإن كان العالم والعامى يصلون إلى تلك القبلة ولا يحتاجون فى ذلك إلى اجتهاد لأن من المعلوم أنها لم تبن إلا بعد اجتهاد فى ذلك وأما المساجد التى تجرى هذا المجرى فإن العالم إذا كان من أهل الاجتهاد فسبيله أن يستدل على الجهة فإن خفيت عليه الدلائل صلى إلى تلك المحاريب إذا كان بلدا للمسلمين عامرة الأن هذا أقوى من اجتهاده مع خفاء الدلائل عليه فأما العامى فيصلى فى سائر المساجد إذا ليس من أهل الاجتهاد.

(تنبيه) قال القرافى: وهذا شرطه أن لا يشتهر الطعن فيها كمحاريب القرى وغيرها بالديار المصرية فإن أكثرها مازال العلماء قديما وحديثا ينبهون على فسادها، وللزين الدمياطى فى ذلك كتاب ولغيره وقد قصد الشيخ عز الدين بن عبد السلام تغيير محراب قبة الشافعى والمدرسة ومصلى خولان فعاجله ما منعه من ذلك وكذلك محراب المحلة مدينة الغربية والفيوم ومنية ابن خصيب وهى لا تعد ولا تحصى ولا يجوز أن يقلدها عالم ولا عامى.

(مسألة) وفى «أحكام ابن سهل» قال ابن حبيب بن نصر: سألت سحنون عن الزنقة غير النافذة لأقوام فيها أبواب دورهم ودبر دار رجل إليها ليس له فيها إلا حائط دبر داره كنيف قديم فى الزنقة ملصق بهذا الحائط وللكنيف قناة تخرج من هذه الدار التى ليس لها فى الزقاق إلا هذا الكنيف وبئر مغطىً والقناة لم يجر فيها شيء من زمان فأراد صاحب الدار فتح القناة إلى الكنيف ويجرى فيها العذرة فمنعه أهل الزنقة فقال ليس لهم منعه إلا أن يدعوا الكنيف فيكشف عن دعواهم فأما إن لم يدعوه فهو لصاحب الدار بهذه الرسوم والآثار التى تدل على أنه لصاحب هذه الدار.

(فرع) وإذا أحدث على جاره باب أو كوة وثبت ضرر ذلك فإن الباب يغلق غلقا حصينا وتقلع منه العتبة لئلا تكون حجة عند تقادم الزمان وكذلك ذكر وافى الكوة إذا سدت أنه يقلع منها العتبة العليا لئلا يكون حجة وتغير عضائد الباب ولا يكون غلقه إلا بالحجارة والطوب وقلع العتب حتى لا يشك فيه أو يرتاب أنه باب.

(فرع) وقال ابن أبى زيد فى النوادر: قال أشهب إذا تداعيا جدارا متصلا ببناء أحدهما وعليه جذوع للآخر فهو لمن اتصل ببنائه ولصاحب الجذوع موضع جذوعه لأنه حوزه ويقضى بالجدار لمن عليه عقود الأربطة وللآخر بموضع جذوعه وإن كان لأحدهما عشر خشبات عليه ولا ربط ولا غير ذلك فهو بينهما نصفان لا على عدد الخشب وتبقى خشبانهما بحالها، وإن انكسرت خشبة أحدهما ردها مثل ما كانت ولا يجعل لكل واحد منهما ما تحت خشبه منه.

(فرع) ولو كانت عقدة لأحدهما في ثلاثة مواضع وللآخر فى موضع قسم بينهما على عدد العود وإن لم يعقد لأحدهما ولآخر عليه خشب معقودة بعقد البناء أو مثقوبة فعقد البناء يوجب ملك الحائط لأنه فى العادة إنما يكون للمالك وقيل لا يوجبه فى مثقوبة نظرا لأنها طارئة على الحائط.

(مسألة) والكوى كعقد البناء يوجب الملك وكوى الضوء المنفوذة لا دليل فيها.

(فرع) قال ابن عبد الحكم: إذا لم يكن لأحدهما عقد وللآخر عليه خشب ولو واحدة فهو له وإن لم يكن إلا كوى منفوذة أوجبت الملك.

(تنبيه) قال القرافى: المدرك فى هذه الفتاوى كلها شواهد العادات فمن ثبت عنده عادة قضى بها وإذا اختلفت العوائد فى الأعصار والأمصار وجب اختلاف هذه الأحكام فإن القاعدة المجمع عليها أن كل حكم مبنى على عادة إذا تغيرت العادة تغير الحكم.

(مسألة) وفى «أحكام ابن سهل» قال: وفى «كتاب الوديعة» فى «سماع يحيى» من قول ابن وهب فيمن أودع رجلا دنانير وعهد إليه فيها أن لا يدفعها إلا إلى من أتى بأمارة أعلمه بها لم يطلع عليها غيره فأتى رجل بتلك الأمارة فدفع إليه المال ومات المودع رب المال فقال ورثته للمودع: ما صنعت بمالنا؟ فقال: صنعت به الذى أمرنى أبوكم وليس على أن أخبركم بما أمرنى به؛ أنه يحلف لقد فعل به الذى أمره به فى المال لم يتعده إلى غيره ويبرأ. قال يحيى: وسألت عنه ابن القاسم فقال مثله والمعنى أنهم صدقوه فى الأمارة وأن أباهم أمره بذلك فلذلك حلف فعل ما أمره به وبرئ وأما لو كذبوه فى دعواهم كلها وطلبوا ما لهم لكان ذلك لهم.

(مسألة) ولو جاء رجل بكتاب المودع رب المال إلى المودع بأمره ليدفع إليه الوديعة وهو يعرف خطه وأمارته فصدق كتابه ودفعها إلى الرسوم ثم أنكر ربها حلف أنه ما لم أمره ولا كتب بذلك إليه وأنه لا حق له عليه ثم يغرم المودع ثم يرجع المودع إلى القباض منه ولا يمنعه من ذلك تصديقه فيما أتى به ولا معرفته بصحة ما جاء به وشهادته بصدقه. قال محمد بن المواز: والذى جاءه الكتاب وإن عرف خطه وأمارته لا يدفع إليه وديعة الغائب ولا حق له عليه، وقال ابن عبدوس: إن دفعها إلى الرسول ثم اجتمع مع ربها فأعلمه بذلك فسكت ثم طالبه بعد فإنه يحلف ما أمره فلانًا بقبضه وما كان سكوته رضا بقبضه ثم يغرمه ولو علم بقبضه فجاء إلى الدافع وقال له: كلم فلانا القابض يحتال لى فى المال كان رضا بقبضه به والدافع برئ؛ من «ابن سهل» فى «باب الإقرار».

(فرع) وفى «المتيطية»: وحكى ابن حبيب عن سحنون فيمن قال لرجل وكلنى فلان على قبض دينه منك وعدده كذا فصدقه فى الوكالة وأقر بالدين أنه يلزم الدفع إليه فإن قدم فلان وأنكر التوكيل غرم المقر لأن الحكم كان بإقراره وهذه مذكورة فى «باب التصديق».

(تنبيه) والأصل فى الأمارة ما روى أن رسول الله ﷺ قال لجابر بن عبد الله حين أراد السفر إلى خيبر: «**إذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقا فإذا طلب منك آية فضع يدك على ترقوته**» رواه ابن ماجه فأقام العلامة مقام البينة.

فصل

فيما ذكره فى الفراسة والمنع من الحكم بها

والأصل فى الفراسة قوله تعالى ﴿**إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ**﴾ [الحجر: ٧٥] فسر ذلك رسول الله ﷺ فقال للمتفرسين؛ ذكره الحكيم الترمذى فى «نوادر الأصول» وقال عليه الصلاة والسلام: «**اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله**» وقال عليه الصلاة والسلام: «**إن لله عبادا يعرفون الناس بالتوسم**»؛ ذكرهما الترمذى، والفراسة ناشئة عن جودة القريحة وحدة النظر وصفاء الفكر وقد روى عن عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- أنه دخل عليه قوم من مذحج فيهم الأشتر فصعَّد عمر

فيه النظر وصوَّبه وقال: أيهم هذا؟ فقالوا: مالك بن الحرق، فقال: ما له قاتله الله؟! إنى لأرى للمسلمين منه يوما عصيبا فكان منه فى الفتنة ما كان ودخل المدينة وفد من اليمن وكان عمر مع الصحابة فى المسجد فأشاروا إلى رجل من الوفد وقالوا لعمر هل تعرف هذا فقال لعله سواد بن قارب فكان ذلك وكان عمر -رضى الله عنه- يطوف بالبيت فسمع امرأة تنشد فى الطواف:

فمنهن من تسقى بعذبٍ مبرَّدِ نقاحٍ فتلكم عند ذلك قرَّتِ
ومنهن من تسقى بأخضر آجنٍ أجاجٍ ولولا خشية الله رنَّتِ

فتفرس من عمر -رضى الله عنه- ما تشكوه فبعث إلى زوجها فاستنكهه فإذا هو أبخر الفم فأعطاه خمسمائة درهم وجارية على أن يطلقها ففعل (روى) أن بعض الصحابة دخل على عثمان -رضى الله عنه- وكان قد مر بالسوق فنظر إلى أمرأة فلما نظر إليه عثمان قال له: يدخل أحدكم علينا وفى عينيه أثر الزنا فقال له الرجل: أوَحْىٌ بعد رسول الله ﷺ؟ قال: لا، ولكن برهان وفراسة ومثل هذا كثير عن على رضى الله عنه - فإن قلت -: هل القافة من هذا الباب لكونها مبنية على الحدس؟ فالجواب أنها ليست من هذا الباب بل هى من باب قياس الشبه وهو أصل معمول به فى الشرع، ونقل القرطبى فى «تفسيره» عن القاضى أبى بكر بن العربى أنه قال: الفراسة لا يترتب عليها حكم وقد كان قاضى القضاة الشاسى المالكى ببغداد أيام كوفى الشامى يحكم بالفراسة جريا على طريق القاضى إياس بن معاوية، وكان إياس قاضيا فى أيام عمر بن عبدالعزيز له أحكام كثيرة بطريق الفراسة قال ابن العربى: وكان شيخنا فخر الإسلام أبو بكر الشاشى صنف جزاء بالرد عليه كتبه لى بخطه وأعطانيه، وذلك صحيح فإن مدارك الأحكام معلومة شرعا مدركة قطعا وليست الفراسة منها؛ انتهى. والحكم بالفراسة مثل الحكم بالظن والحزر والتخمين وذلك فسق وجور من الحاكم، والظن يخطىء ويصيب، وإنما أجيزت شهادة التوسم فى محل مخصوص للضرورة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(القسم الثالث من الكتاب فى القضاء بالسياسة الشرعية): والسياسة نوعان سياسة ظالمة فالشرع يحرمها، وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم وتدفع كثيرا من المظالم وتردع أهل الفساد ويتوصل بها إلى المقاصد الشرعية فالشرعية توجب المصير

إليها والاعتماد فى إظهار الحق عليها وهى باب واسع تضل فيه الأفهام وتزل فيه الأقدام وإهماله يضيع الحقوق ويعطل الحدود، ويجزى أهل الفساد ويعين أهل العناد والتوسع فيه يفتح أبواب المظالم الشنيعة ويوجب سفك الدماء وأخذ الأموال بغير الشريعة وبهذا سلكت فيه طائفة مسلك التفريط المذموم فقطعوا النظر عن هذا الباب إلا فيما قل ظنا منهم أن تعاطى ذلك مناف للقواعد الشرعية فسدوا من طرق الحق سبيلا واضحة وعدلوا إلى طريق العناد فاضحة لأن فى إنكار السياسة الشرعية والنصوص الشريفة تغليطا للخلفاء الراشدين وطائفة سلكت هذا الباب مسلك الإفراط فتعدوا حدود الله تعالى وخرجوا عن قانون الشرع إلى أنواع من الظلم والبدع والسياسة وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصلحة الأمة وهو جهل وغلط فاحش فقد قال عز من قائل: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٣] فدخل فى هذا جميع مصالح العباد الدينية والدنيوية على وجه الكمال وقال ﷺ تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا كتاب الله وسنتى. وطائفة توسطت وسلكت فيه مسلك الحق وجمعوا بين السياسة والشرع فقمعوا الباطل ودحضوه ونصبوا الشرع ونصروه والله يهدى من يشاء إلى صراط مستقيم وهذا القسم يشتمل على فصول:

الفصل الأول

فى الدلالة على مشروعية ذلك من الكتاب والسنة

اعلم أن الله سبحـانه شرع الأحكام لحكم منها ما أدركناه ومنهـا ما خفى علينا رعيا لمصالح العباد ودرءا لمفاسدهم تفضلا لا واجبا وهو تنقسم إلى خمسة أقسام:

(القسم الأول) شرع لكسر النفس كالعبادات.

(القسم الثانى) شرع لجلب بقاء الإنسان كالإذن فى المباحات المحصلة للراحة من الطعام واللباس والمسكن والوطء وشبه ذلك.

(القسم الثالث) شرع لدفع الضرورات كالبيـعات والإجارات والقراض والمساقاة لافتقـار الإنسان إلى ما ليس عنده من الأعـيان واحتيـاجه إلى استخـدام غيره فى تحصيل مصالحه.

(القسم الرابع) شرع تنبـيها على مكـارم الأخلاق كالحض على المواسـاة وعتق الرقاب والهبات والأحباس والصدقات ونحو ذلك من مكارم الأخلاق.

(القسـم الخامس) وهو المقصـود؛ شرع للسـياسـة والزجر وهو سـتة أصناف. الصنف الأول: شرع لصيـانة الوجود كالقصاص فى النفـوس والأطراف فمن قوله تعالى: ﴿**وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**﴾ [البقرة:١٧٩] معناه أن القصاص الذى كتبته عليكم إذا أقيم ازدجر الناس عن القتل قال ابن الفرس فى أحكام القـرآن فى هذه الآية الكريمة تنبيـه على الحكمة فـى شرع القصـاص وإبانة الغرض منه وقـال قتـادة جعل الله تعالى هذا القـصاص حيـاة ونكالا وعظة لأهل الجهل فكم رجل هم بداهية لولا مخافة القـصاص لوقع بها ولكن القصاص حجز بعـضهم عن بعض وخص أولى الأباب وإن كـان الخطاب عامـا لأنهـمأصـحاب العقول الذين ينظرون فى العواقب ثم قال لعلكم تتقون يعنى الدماء وأما القصاص فى الأطراف فقـوله تعالى: ﴿**وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ**﴾ [المائدة: ٤٥] ليزدجـر الناس عن الإقدام على شىء من ذلك ومن ذلك قتال الخـوارج والمحاربين

والكفار، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ﴾ [المائدة: ٣٣] الآية وفى قتال الكفار زيادة معنى هو إعلاء كلمة الحق ومحو الشرك. الصنف الثانى من الأحكام: شرع لحفظ الأنساب كحد الزنا قال الله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] وبينت السنة حكم التغريب وحد الزانى الثيب. الصنف الثالث من الأحكام: شرع لصيانة الأعراض لأن صيانتها لمن أكبر الأغراض قال الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] وألحق الشرع بذلك التعزير على السب والأذى بالقول على حسب اجتهاد الإمام فى ذلك.

الصنف الرابع من الأحكام: شرع لصيانة الأموال كحد الشرقة وحد الحرابة قال الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨] ويلتحق بذلك تعزير الغُصَّاب ونحوهم. الصنف الخامس من الأحكام: شرع لحفظ العقل كحد الخمر، وقد نهى الله تعالى عنه فى قوله تعالى ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠] إلى قوله ﴿فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠] [ثم قال تعالى: فهل أنتم منتهون ووردت السنة بحد الشارب. النف السادس من الأحكام شرع للردع والتعزير نحو قوله تعالى: ﴿﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥] إلى قوله ﴿لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ﴾ [المائدة: ٩٥] أى ليذوق جزاء فعله وقوله تعالى ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللاَّئِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢] ثم شرع كفارة ذلك فى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ﴾ [المجادلة: ٣] إلى قوله ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾ [المجادلة: ٤] وقوله تعالى ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ [النساء: ٣٤] الآية وقصة الثلاثة الذين خلفوا وغير ذلك مما ورد به القرآن العظيم. ومما يدل على ذلك من السنة ما رواه ابن حبيب فى «مختصر الواضحة» عن مطرف قال حدثنا مالك بن أنس عن يحى بن سعيد عن

أبى مالك الغفارى أن رجلين من غفار أقبلا يريدان الإسلام حتى إذا كانا قريبا من المدينة أمسيا فباتا وأتى أناس يظهرون إلى المدينة فباتوا قريبا منها فلما كان من السحر قاموا ليذهبوا فقعدوا قريبا من الإبل فاتهموا الغفاريين فأخذوهم، فأتوا بهما رسول الله ﷺ فحبس الواحد وأرسل الآخر فوجدهما قريبا من المكان الذى باتوا فيه فأتوا بهما، فقال الغفاريان: والله يا رسول الله إن كنا لبرآء فقال لهما رسول الله ﷺ: استغفر إلى فقال أحدهما غفر الله لك فقال رسول الله ﷺ: «**ولك يغفر الله وقبلك الله فى سبيله**» وقال للآخر: «استغفر لى» فقال: والله إن كنا لبرآء فقال له الناس: استغفر لرسول الله ويحك فقال: غفر الله لك فسكت رسول الله ﷺ ومن ذلك ما ورد من أخذ الرجل بجريرة غيره ففى «صحيح مسلم» وغيره عن عمران بن حصين أن ثقيفة كانت حلفاء لبنى غفار فى الجاهلية فأصاب المسلمون رجلا من بنى غفار ومعه ناقة له فأتوا به النبى ﷺ فقال: يا محمد بم أخذتنى وأخذت سابقة الحاج؟ فقال: «**أخذتك بجريرة حلفائك ثقيف قد كانوا أسروا رجلين من المسلمين**» وكان النبى يمر به وهو محبوس فيقول: يا محمد إنى مسلم قال: «**لو كنت قلت ذلك وأنت تملك أمرك أفلحت**» ففداه النبى برجلين من المسلمين ومن ذلك أنه ﷺ لما أجلى يهود بنى النضير من المدينة على أن لهم ما حملت الإبل من أموالهم غير الحلقة والسلاح كان لابن أبى الحقيق مال عظيم بلغ مسك ثور؛ أى: ملء جلد ثور من ذهب وحلى وآنية مصوغة فلما فتح رسول الله ﷺ خيبر حاصر الحصن الذى فيه ابن أبى الحقيق فنزل فصالح على حقن دماء من فى حصنهم من المقاتلة والذرية على أن يخرجوا بذراريهم ويخلوا بين رسول الله ﷺ وبين ما كان لهم من مال وأرض وعلى ترك البيضاء والصفراء والكراع إلا ثوبا على ظهر إنسان فقال رسول الله ﷺ: «**وبرئت ذمة الله وذمة رسوله منكم إن كتمتمونى شيئا**» فصالحوه على ذلك فقال رسول الله ﷺ لكنانة بن الربيع عم حيي بن أخطب: «**ما فعل مسك حيي الذى جاء به من النضير؟**» فقال: أذهبته النفقات والحروب فقال رسول الله ﷺ: «**العهد قريب والمال كثير أرأيت إن وجدناه عندك أقتلك؟**» قال: نعم فجاء رجل من اليهود إلى رسول الله ﷺ فقال له: إنى رأيت كنانة يطوفون بهذه الخربة كل غداة فأمر رسول الله ﷺ بالخربة فأخرج منها بعض كنزهم ثم سأله عما بقى فأبى أن يؤديه فأمر به الزبير بن العوام فقال: «**عذبه حتى تستأصل ما عنده**» وكان

الزبير يقــدح بزند فى صدره حتى أشــرف على نفسه ثم دفعــه رسول الله ﷺ إلى محمد بن مسلمة فضرب عنقه بأخـيه محمود بن مسلمة وإنما فعل ذلك بكنانة لأن الكنز كان عنده وصاحب الكنز كان من بنى قريظـة وقتل معهم فى غزوة الأحزاب وهذه القضية ذكرها ابن هشام وغيـره من أصحاب السير، ومن ذلك أنه لما وقعت قضية الإفك وتكلم الناس بها اسـتشار رسول الله ﷺ على بن أبى طالب وزيد بن حارثة -رضى الله عنهما- فقال زيد: أهلك يا رسول الله، ولا نعلم إلا خيرا وهذا الكذب والباطل!! وأمـا على -رضى الله عنه- فإنه قال: يا رسـول الله إن النساء كثير وإنك لتقدر أن تستخلف واسأل الجارية فإنها ستصدقك، فدعا رسول الله ﷺ بريرة ليسألها فقام إليها على فضربها ضربا شديدا وجعل يقول: أصدقى رسول الله ﷺ فتقول: والله لا أعلم إلا خيرا وما كنت أعيب على عائشة إلا أن كنت أعجن العجين فـآمرها أن تحفظه فتنام عنـه فتأتى الشاة فـتأكله، وهذا من السياسـية لأنه ضربها لتقر بما عندها ومن ذلك أن رسول الله وجد فى بعض غزواته رجلا فاتهمه بأنه جـاسوس للعـدو فعاقـبوه حـتى أقر؛ نقله القـرافى فى «الذخيـرة» فى «باب السياسة» ومن ذلك أنه ﷺ بلغه أن ناسـا من المنافقين يثبطون الناس عنه فى غزوة تبوك فبعث إليـهم طلحة بن عبيد الله فى نفر من أصحـابه وأمره أن يحرق عليهم البيت ففعل طلحة ذلك واقتحم الضحاك بن خليفة من ظهر البيت فانكسرت رجله واقتحم أصحابه فأفلتوا، ومن ذلك ما روى فى «جامع الخلال» أنه حبس رجلا فى تهمة دم يوما وليلة وفى «سنن أبى داود» أنه حبس فى تهمة وفى رواية: أنه حبس رجلا فى تهمة ساعة من نهـار وفى «المنتقى» للباحى فى «باب القطع فى السرقة»: أنه ﷺ حبس رجلا اتهمـه المسروق منه بسرقة وكان صاحـبه فى السفر ومن ذلك قوله ﷺ «**لقد هممت أن آمر بالصلاة فتقـام ثم آمر رجلا فيصلى بالناس ثم أنطلق معى برجال معهم حـزم من حطب إلى قوم لا يشهدون الصلاة فأحـرق عليهم بيوتهم بالنار**» رواه أبو هريرة فى الصحيح وعنه أيضا قـال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لقد هممت أن آمر فتيانا فيجمـعون حزما من حطب ثم آتى قوما يصلون فى بيوتهم ليس لهم عـذر فأحـرقـها عليـهم**» واختلف هل هذا فى المؤمنين أو المـنافقين والظاهر أنه فى المؤمنين لقوله: «**يصلون فى بيوتهم**» والمنافقون لا يصلون فى بيـوتهم وقد قال الله

تعالى فيهم: ﴿وَإِذَا لَقُوا الَّذِينَ آمَنُوا قَالُوا آمَنَّا وَإِذَا خَلَوْا إِلَىٰ شَيَاطِينِهِمْ قَالُوا إِنَّا مَعَكُمْ إِنَّمَا نَحْنُ مُسْتَهْزِئُونَ﴾ [البقرة: ١٤] وفائدة قوله: «لقد هممت» تقديم الوعيد كالتهديد على العقوبة لأن المفسدة إذا ارتفعت واندفعت بالأخف من الزواجر لم يعدل إلى الأعلى، ومن ذلك ما رواه الإمام أحمد بن حنبل فى «مسنده» عن أبى هريرة -رضى الله عنه- قال رجل: يا رسول الله إن لى جارا يؤذينى فقال رسول الله ﷺ: «**انطلق فأخرج متاعك إلى الطريق**» فانطلق فأخرج متاعه فاجتمع الناس إليه فقالوا: ما شأنك؟ فقال: لى جار يؤذينى فجعلوا ينولون: اللهم العنه اللهم أخرجه فبلغه ذلك فأتاه فقال: ارجع إلى منزلك فوالله لا أوذيك، ومما ورد عن الصحابة -رضى الله عنهم- فى قتال أبى بكر -رضى الله عنه- من منع الزكاة واجتهاده فى الحكم بقتالهم ومن ذلك أن عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- أمر بتحريق قصر سعد بن أبى وقاص -رضى الله عنه- لما بلغه أنه احتجب عن الخروج للحكم بين الناس وصار يحكم فى داره وأمر أيضا بتحريق حانوت رويشد الثقفى الذى كان يبيع الخمر، وقال له: أنت فويسق ولست برويشد، ومن ذلك ما فعله عثمان بن عفان -رضى الله عنه- لما خاف على الأمة أن يختلفوا فى القرآن ويفترق الناس فيه أمر بتحريق المصاحف وجمع الأمة على مصحف واحد لما رأى لهم من المصلحة فى ذلك ووافقه عليه الصحابة ورأوا ذلك مصلحة للأمة ومن ذلك ما فعله على بن أبى طالب -رضى الله عنه- لما بعثه رسول الله ﷺ هو والزبير بن العوام فى إثر المرأة التى كتب معها حاطب بن أبى بلتعة كتابا وجعل لها عليه جعلا إلى أن توصله إلى قريش يخبرهم فى الكتاب بما عزم عليه رسول الله ﷺ من المسير إليهم فى غزوة الفتح فجاء الخبر لرسول الله ﷺ من عند الله فخرج على بن أبى طالب فى إثر المرأة حتى أدركها فاستنزلاها والتمسا فى رحلها الكتاب فلم يجدا شيئا فقال لها على -رضى الله عنه: أحلف بالله ما كذب رسول الله ﷺ ولا كذبنا ولتخرجن هذا الكتاب أو لنكشفنك فلما رأت الجد منه استخرجت الكتاب من قرون رأسها وكان قد جعلته فى شعرها وفتلت عليه قرونها فدفعته إليه فأتى به رسول الله ﷺ واعتذر حاطب بأنه إنما فعل ذلك مصانعة لما له عندهم من ولد وأهل فأنزل الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ﴾

[الممتحنة: ١] فالطريق التى استخرج بها الكتاب من السياسة الشرعية وهى التهديد والإرعاب، ومن ذلك ما وقـع لعلى -رضى الله عنه- فى بعض الحكومات وذلك أن رجلين من قريش دفعـا إلى امرأة مائة دينار وديعة، وقال لها: لا تدفـعيها إلى واحد منا دون صاحبه فلبثا حولا وجاء أحدهما وقال: إن صاحبى قد مات فادفعى إلى الدنانير فأبت وقالت: إنكما قلتما لى: لا تدفـعيها إلى واحد منا دون صاحبه فشفع إليها بأهلها وجيرانها وتلطف حتى دفعتها إليه ثم جاء الآخر بعد ذلك فقال: ادفعى إلى الدنانـير فقـالت: إن صاحبك جـاء وادعى أنك قد مت ودفـعتهـا إليه فترافعا إلى على بن أبى طالب -رضى الله عنه- فعلم أنهما قد مكرا بها فقال على بن أبى طالب -رضى الله عنه- أليس قد قلتما لها: لا تدفـعيها إلى واحد منا دون صاحبـه؟ فقال: بلى، قال: فاذهب فجىء بصـاحبك حتى تدفعهـا إليكما فذهب ولم يرجع ومن ذلك مـا وقع لعلى -رضى الله عنه- أيضـا وذلك أن إنسـانا شكا إلى على -رضى الله عنه- نفرًا فـقال: إن هؤلاء خرجوا مع أبى فى سفـر فعادوا ولم يعد أبى فسـألتهم عنه فقالوا: مات فسـألتهم عن ماله فقالوا: ما تـرك شيئا، وكان معه مال كثير، فارتفعنا إلى شريح القاضى فاستحلفهم وخلى سبيلهم، فدعا على -رضى الله عنه- بالشـرطة فوكل بكل رجل منهم رجلـين، وأوصاهم أن لا يمكنوا بعضـهم يدنوا من بعض، ولا يمكنوا أحدا يكلمـهم، ودعا كاتبـه، ودعا أحدهم فقال: أخبرنى عن أب هذا الفتى، فى أى يوم خرج معكم؟ وفى أى منزل نزل معكم؟ وكيف كان يسير مـعكم؟ وبأى علة مات؟ وكيف أصيب بماله؟ وسأله عن غسله ودفنه ومن تولى الصلاة عليـه وأين دفن، والكاتب يكتب، ثم كبر على -رضى الله عنه- وكـبر الحاضـرون معه والمـتهمـون لا علم لهم إلا أنهم ظنوا أن صاحبـهم قد أقر عليهم، ثم دعا آخر بـعد أن غيب الأول عن مجلسه فسـأله كما سأل صاحبه، ثم غيبه وطلب الآخر وسـأله حتى عرف ما عند الجميع، فوجد كل واحد منهم يخبر بضد ما أخبر به صاحبه، ثم أمر برد الأول فقال: يا عدو الله قد عرفـت غدرك وكـذبك بما سمـعت من أصحـابك، وما ينجـيك من العقـوبة إلا الصدق، ثم أمر به إلى السجن، وكـبر وكبر الحاضرون بتكبيـره، فلما أبصر القوم الحال لما يشكوا أن صاحـبهم أقر عليهم، ثم دعا آخر منهم فـهدده، فقال: والله يا

أمير المؤمنين لقد كنت كارها لما صنعوا، ثم دعى الجميع فأقروا بالقصة، واستدعى الأول وقيل له: أقر أصحابك ولا ينجيك سوى الصدق، فأقر بمثل ما أقر به أصحابه، فأغرمهم المال وأقاد منهم بالقتل، وهذا من السياسة الحسنة، وسيأتى حكم تفريق الشهود إذا استراب القاضى منهم.

ومن ذلك أن رجلا ضرب رجلا على رأسه فادعى المضروب أنه خرس، ورفعت القضية إلى على -رضى الله عنه- فقال: يخرج لسانه وينخس بإبرة فإن خرج الدم أحمر فهو صحيح اللسان، وإن خرج أسود فهو أخرس.

ومن ذلك أنه قيل لعلى -رضى الله عنه- فى فداء أسرى المسلمين من أيدى المشركين، فقال: يفدى منهم من كانت جراحه بين يديه دون من كانت وراءه فإنه فار.

ومن ذلك أن عليا -رضى الله عنه- قضى فى مولود له رأسان وصدران وحقو واحد، فقيل له: أيورث ميراث اثنين أو ميراث واحد؟ فقال: يترك حتى ينام ثم يصاح به فإن انتبها جميعا كان له ميراث واحد، وإن انتبه واحد وبقى واحد كان له ميراث اثنين، وأما ما ذكروه من سياسة الخلفاء والملوك والقضاة، واستخراجهم الحقوق بالطرق السياسية فيطول الكتاب بذكره.

*****

الفصل الثانى

فى أحكام هذا الباب

إذا ثبت قيام الدليل على أن السياسة فى الأحكام من الطرق الشرعية، فهل للقضاة أن يتعاطوا الحكم بها فيما رفع إليهم من اتهام اللصوص وأهل الشر والتعدى؟ وهل لهم الكشف عن أصحاب الجرائم أم لا؟ وهل لهم الحكم بالقرائن التى يظهر بها الحق، ولا يقفوا على مجرد الإقرار وقيام البينات؟ وهل لهم أن يهددوا الخصم إذا ظهر أنه مبطل أو ضربه أو سؤاله عن أشياء تدل على صورة الحال؟ فالجواب ما ذكره ابن قيم الجوزية الحنبلى، من أن عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولى بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حد فى الشرع فقد يدخل فى ولاية القضاء فى بعض الأزمنة والأمكنة، ما يدخل فى ولاية الحرب فى زمان ومكان آخر وبالعكس.

وأما نصوص أهل المذهب الأندلسيين فصريحة، بأن لهم تعاطى ذلك على ما سنذكره -إن شاء الله تعالى- ونقل القرافى فى كتابه «الذخيرة» ما ذكره الماوردى من «الأحكام السلطانية»، فى الكلام على ولاية الكشف عن المظالم وفى أحكام الجرائم، وكلامه فيهما يقضى أن القاضى ليس له أن يتكلم فى السياسة ولا مدخل له فيها.

وسأذكر ما ذكره القرافى، ثم أتبعه نصوص أهل المذهب -إن شاء الله تعالى- على سبيل الاختصار والاقتصار على ما يحصل به المقصود، قال القرافى فى «الذخيرة» فى الولاية السياسية، وهى ولاية الكشف عن المظالم والفرق بين والى المظالم وبين القضاة من عشرة أوجه:

الأول: له؛ يعنى: ناظر المظالم من القوة والهيبة ما ليس لهم.

الثانى: أنه أفسح مجالا وأوسع مقالا.

الثالث: أنه يستعمل من الإرهاب وكشف الأشياء بالأمارات الدالة وشواهد الأحوال اللائحة مما يؤدى إلى ظهور الحق بخلافهم.

الرابع: أنه يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب بخلافهم.

الخامس: أنه يتأنى فى ترداد الخصوم عند اللبس، ليمعن فى الكشف بخلافهم إذا سألهم أحد الخصمين فصل الحكم لا يؤخره.

السادس: له رد الخصوم إذا أعضلوا إلى وساطة الأمناء ليفصلوا بينهم صلحا عن تراض، وليس للقضاة إلا برضا الخصمين.

السابع: له أن يفسح فى ملازمة الخصمين إذا وضحت أمارات التجاحد، ويأذن فى إلزام الكفالة فيما يشرع فيه التكفل؛ لينقاد الخصوم إلى التناصف ويتركوا التجاحد بخلافهم.

الثامن: أنه يسمع شهادة المستورين بخلافهم.

التاسع: له أن يحلف الشهود إن ارتاب فيهم بخلاف القضاة.

العاشر: أن يبتدئ باستدعاء الشهود وسؤالهم عما عندهم فى القضية بخلافهم، لا يسمعون البينة حتى يريد المدعى إحضارها، ولا يسمعونها إلا بعد مسألة المدعى لسماعها، وهذا تلخيص ما ذكره الماوردى، ونصوص المذهب تقتضى أن للقاضى تعاطى أكثر هذه الأمور، فقد قال سحنون: ينبغى للقاضى أن يشتد حتى يستنطق الحق، ولا يدع من حق الله تعالى شيئا، ويلين فى غير ضعف؛ نقله ابن بطال فى «المقنع»، وهذا نص فى استعمال القوة والهيبة.

وأما الأخذ بقرائن الأحوال، فقد نقل ابن قيم الجوزية أن مالكا -رحمه الله- ذهب إلى التوصل إلى الإقرار بالحق بما يراه الحاكم، وذلك مستند إلى قوله تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ﴾ [يوسف: ٢٦]، وللقاضى أن يأخذ بالأمارات والقرائن فى وجوه كثيرة يطول ذكرها، وقد أفردت لها بابا سبق ذكره.

وفى «البيان» وسئل مالك: أيكره السلطان أن يأخذ الناس بالتهمة فيخلو ببعضهم فيقول لك الأمان وأخبرنى فيخبره؟ فقال: أى والله إنى لأكره ذلك أن يقوله لهم ويغرهم، وهو من وجه الخديعة، قال ابن رشد: ووجه الكراهة أنه إذا قال له ذلك فهو من نوع الإكراه على الإخبار، ولعله يخبره بالباطل لينجو من

عقابه، فإقراره على نفسه من باب الإقرار تحت الوعيد والتهديد لا يلزمه؛ انظر تمام ذلك فى «باب القذف».

وأما مقابلة من ظهر ظلمه بالتأديب فهذا هو المذهب، وذكر ابن سهل أن المدعى إذا انكشف للحاكم أنه مبطل فى دعواه فإنه يؤدبه، وأقل ذلك الحبس ليندفع بذلك أهل الباطل واللدد عن ذلك، قال فى شهادة السماع فى الأحباس: والمذهب أن من باع زوجته نكل نكالا شديدا وتطلق عليه بواحدة بائنة، وكذلك إذا آذى أحد الخصمين صاحبه نكل وأدب، وإن آذى الشهود نكل به أيضا.

وفى «مفيد الحكام»: من تكلم فى أحد بما لم يكن ولم يأت ببينة أدب، ومن تكلم فى عالم بما لا يجب ضرب أربعين، وفى «باب العقوبة بالتعزير» ذكر شىء من هذه المسائل، وأما تأنيه فى ترديد الخصوم عند اللبس ليمعن فى الكشف فهذا هو المذهب، وقد تقدم بيان هذا فى «باب الآداب التى ينبغى للقاضى الأخذ بها».

ومن ذلك أنه إذا طال الخصام فى أمر وكثر التشغيب فيه، فلا بأس للقاضى أن يحرق كتبهم إذا رجا بذلك تقارب أمرهم، ويفسخ ما بأيديهم من الحجج، ويأمرهم بابتداء الحكومة؛ وهو فى «المتيطية» وغيرها.

وأما رد الخصوم إلى وساطة الأمناء ليفصلوا بينهم بالصلح، فقواعد المذهب ومسائلة تقتضى ذلك، وقد ذكرنا فى «باب آداب القاضى»: أن القاضى إذا خشى من تفاقم الأمر بإنفاذ الحكم بين الخصمين، أو كان من أهل الفضل أو بينهما رحم، سوى بينهما وأقامهما وأمرهما بالصلح.

وقد أقام سحنون رجلين من صالحى جيرانه من بين يديه وقال: استرا على أنفسكما ولا تطلعان على سركما، ولابد من هذا كله فى الوسائط.

وقال عمر بن الخطاب -رضى الله عنه: ردوا القضاء بين ذوى الأرحام حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن، وأما كونه يفسخ فى ملازمة الخصمين إذا وضحت أمارات التجاحد والتكاذب، فعندنا أنه يؤدبهما على ذلك.

وأما كونه يسمع شادات المستورين، فالمذهب أن القاضى يسمعها أيضا فى مواطن عديدة، وقد ذكرت ذلك فى «باب القضاة بشهادة التوسم»، وفى «باب القضاء بشهادة غير العدول».

وأما كـونه يحلف الشهود إذا ارتاب منهم فـقد فعله قـاضى القضاة ابن بشـير قاضى الجماعـة بقرطبة، حلف شهودا فى تركة بالله تعـالى أن ما شهدوا به لحق، وروى عن ابن وضاح أنه قال: أرى لفساد الزمـان أن يحلف الحاكم الشهود، وابن وضاح ممن أخذ عن سحنـون، وأما كونه يستدعى الشهود ويسـألهم عما عندهم، فعندما أن لـلقاضى أن يفعل ذلك فى مواطن ذكـرتها فى السياسـة فى الشهادات، فتحصل مـن هذا أن ما نقله القرافى فى «الذخيرة» ليس هو مذهـب مالك -رحمه الله.

فصل: وقال القرافى أيضا فى «الذخـيرة» مما نقله عن الماوردى، فى الفرق بين نظر القاضى ونظـر والى الجرائم، قال: ويمـتاز والى الجرائم على القـضاة بتسـعة أوجه:

الأول: سماع قذف المتهوم من أعوان الأمارات من غير تحقيق الدعوى المعتبرة، ويرجع إلى قولهم: هل هو من أهل هذه التهمـة أولا؟ فإن نزهوه أطلقه أو قذفوه بالغ فى الكشف بخلاف القضاء.

الثانى: أنه يراعى شواهد الحال وأوصاف المـتهوم فى قوة التهمة وضـعفها، بأن يكون المتهم بالزنا متصنعا للنساء فتقوى التهـمة، أو متهما بالسرقة وفيه آثار ضرب مع قوة بدن وهو من أهل الدعارة فتقوى، أولا يـكون شيئا من ذلك فيخف وليس ذلك للقضاء.

الثالث: تعجيل حبس المتـهوم للاستبراء والكشف ومدته شـهر، أو بحسب ما يراه بخلاف القضاة.

الرابع: يجـوز له مع قوة التـهمـة ضرب المتـهوم ضرب تـقرير لا ضـرب حد ليصدق، فإذا أقـر وهو مضروب اعتبرت حـاله، فإن ضرب ليقر لم يعـتبر إقراره تحت الضرب، أو ليصـدق عن حاله قطع ضربه واستعاد إقـراره، فإن أقر بخلاف الإقرار الأول أخـذه بالثانى، ويجـوز العمل بالإقرار الأول مع كـراهة وليس ذلك للقضاة.

الخامس: أن له فيمن تكررت منه الجرائم ولم ينزجر بالحدود، استدامة حبسه إذا أضر الناس بجريمة حتى يموت، ويقوته ويكسوه من بيت المال بخلاف القضاة.

السادس: أن له إحلاف المتهوم لاختبار حاله، ويغلظ عليه الكشف ويحلفه بالطلاق والعتاق والصدقة كأيمان بيعة السلطان، ولا يحلف القاضى أحدا فى غير حق، ولا يحلف إلا باليمين بالله تعالى.

السابع: أن له أخذ المجرم بالتوبة قهرا، ويظهر له من الوعيد ما يقوده إليها طوعا، ويتوعده بالقتل لأنه إرهاب لا تحقيق، ويجوز أن يعده بالأدب دون القتل بخلاف القضاة.

الثامن: أن له سماع شهادات أهل المهن إذا كثر عددهم ممن لا يسمعهم القاضى.

التاسع: أن له النظر فى المواثبات وإن لم توجب غرما ولا حدا، ثم إن لم يكن بواحد منهما أثر سمع قول السابق بالدعوى، وإن كان بأحدهما أثر فقيل يبدأ سماع دعوى ذى الأثر، وقال الأكثر: يبدأ بسماع السابق والمبتدئ بالمواثبة أعظم جرما وتأديبا، ويختلف تأديبهما باختلافهما فى الجرم وباختلافهما فى الهيبة والتصاون، وإن رأى المصلحة فى قمع السفلة، بإشهارهم بجرائمهم فعل، فهذه الوجوه التسعة مجرد الاتهام بالجرائم، ويظهر بها الفرق بين الأمراء والقضاة؛ انتهى.

وأعلم أن للقضاة تعاطى كثير من هذه الأمور، أما كونه يسمع قذف المتهوم من أعوان الإمارة، فقد استحبوا للقاضى أن يتخذ كاشفا قد ارتضاه يكشف له عن أحوال الشهود فى السر، ويقبل منه ما نقل إليه، وقالوا: ينبغى له أن يستبطن أهل الدين والأمانة والعدالة ليستعين بهم على ما هو بسبيله، ويقوى على التوصل إلى ما ينوبه، وقد أجازوا التجريح بواحد عدل إذا كانوا بمسألة القاضى، وأجازوا التجريح فى السر، ويقبل القاضى ذلك من العدل الواحد، وهذا نحو ما ذكره فى أعوان الإمارة.

وأما كونه يراعى شاهد الحال، فكذلك عندنا يجوز للقاضى مراعاة شواهد الأحوال، وقد ذكرته فى باب الحكم بالقرائن والدلائل، وأما تعجيل حبس المتهوم للاستبراء والكشف ومدته شهر، فذلك أيضا للقاضى، قال ابن سهل فى «أحكامه»: من أتى القاضى متعلقا برجل يرميه بدم وليه، فإن القاضى إذا جاءه مثل هذا، فإن المدعى يحتاج إلى أن يبت أنه ولى الدم، فإن أثبت له تعدده من المدعى دمه كشف هل له بينة على دعواه؟ فإن ادعى ثبوت ذلك من يومه أو من الغد، أمر القاضى بحبس المدعى. وإن أثبت التعدد ولم تحضره بينة على الدم فهو على ضربين، إن كان المدعى متهما أطال فى حبسه خمسة عشر يوما إلى الثلاثين، إن كان غير متهم فاليومين أو نحوهما، فإن أتى طالب الدم فى داخل المدة بسبب قوى سقط هذا الحكم ووجبت الزيادة فى حبسه على ما يراه.

وأما كونه يجوز له مع قوة التهمة ضرب المفهوم ضرب تقرير، فذلك عندنا يجوز للقاضى تعاطيه وسيأتى ذكر ذلك قريبا فى الدعاوى على أهل التهم والعدوان، ولكن لا يخرج بذلك عن صفة ضرب الحدود، ولا يعاقبهم بغير العقوبات الشرعية.

ففى «البيان» سئل مالك عن عذاب اللصوص بالدهن وبهذه الخنافس التى تجعل على بطونهم، فقال: لا يحل هذا، إنما هو السوط أو السجن قيل له: أرأيت إن لم تجد فى ظهره مضربا أترى أن يسطح فيضرب فى أليته؟ فقال: لا والله ما أرى ذلك إنما عليك ما عليك، وإنما هو الضرب فى الظهر بالسوط والسجن، قيل له: أرأيت إن مات بالسوط؟ قال: إنما عليك ما عليك.

مسألة: ومن هذا الفصل ما ذكره اللخمى فى «التبصرة» إذا شهد رجل على آخر فقال: رأيته مع فلانة أو بين فخذيها وكان الشاهد عدلا لم يعاقب، وإن كان المشهود عليه ممن يظن به عوقب، ولكن لا يعاقب عقوبة تعزير، بل من باب الأدب والزجر.

أما قوله: إن له فيمن تكررت منه الجرائم ولم ينزجر بالحدود استدامة حبسه، فذلك مما يفعله القاضى، وقد ذكر ابن سهل فى «الأحكام» ما نصه: شهد عند القاضى أحمد بن محمد قاضى الجماعة بقرطبة فلان وفلان أنهم يعرفون فلانا ممن

يعصر الخمر ويبيعها ويشربها ويدخرها، ويجتمع إليه أهل الشر والفساد، وسأل القاضى عن ذلك أهل الشورى فأجابوا.

أما شرب الخمر ففيه الحد ثمانون سوطا، وأما بيعها فإن الأدب على قدر ما يردعه عن ذلك وينهاه، وأما أهل الشر والفساد فأكثر من ذلك، والحبس حتى ظهر منه توبة بعد الإعذار إليه فيما شهد به عليه.

وذكر فى مسألة قبلها فيمن شهد عليه بأنه من أهل الأذى للناس والشر والردى والفساد والتعدى على الناس، أنه يجب على من شهد عليه بذلك الأدب الموجع، والحبس الطويل، فإن الإغلاظ على أهل الشر، والقمع لهم، والأخذ على أيديهم مما يصلح الله به العباد والبلاد.

ويقال: من لم يمنع الناس من الباطل لم يحملهم على الحق، وذكر أيضا فى مسألة أخرى ما نصه: شهد عند القاضى شهود أنهم قالوا لفلان: قد ساءنا ما سمعنا عن ولديك من مسيرهما لجماعة من أهل الفساد والشر إلى دار يسكنها فلان، فكسروا الباب وهجموا على العيال، وضربوا صاحب الدار حتى أشفق من الموت ونهبوا ما فى الدار، وشهدوا على الفعلة أنهم من أهل الفساد والشر وشرب الخمر والعياثة، وشاور القاضى فى ذلك فأجابه الفقهاء: بأن هذه الشهادة توجب الأدب البليغ والحبس الطويل على الفعلة، وقد ذكرت هذه المسألة مطولة فى فصل عقوبة المحاربين وذكرت لها نظائر.

وأما كونه له إحلاف المتهوم لاختبار حاله وأن له أن يحلفه بالطلاق والعتاق، فإن للقاضى أن يحلف المتهم وهو مشهور المذهب.

وأما كون اليمين بالطلاق فإنما ذكروها فى الوالى، يأخذ الرجل شاربا فيحلف بالطلاق مكرها على أن لا يشرب الخمر، أو لا يفسق أو أن لا يغش فى عمله أو لا يتلقى الركبان.

وذكروا ذلك فى الوالد يحلف ولده مكرها له على اليمين فى أشباه هذا من تأديبه إياه، وألزموا الحالف باليمين وإن كان قد أكره عليها، وقد ذكرت ذلك فى فصل: الاستكراه فى الأيمان، وكان ابن عاصم محتسبا فى الأندلس وكان يحلف

الناس بالطلاق يغلظ عليهم به، قال ابن وضاح: فذكرت ذلك لسحنون فقال: من أين أخذ ذلك؟ فقلت له: من الأثر المروى عن عمر بن عبدالعزيز: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، فقال سحنون مثل ابن عاصم: يتأول هذا تعظيما لشأن ابن عاصم لأنه ممن أخذ عن ابن القاسم.

وأما كونه يأخذ المجرم بالتوبة قهرا فلم أقف عليه فى حق القاضى.

وأما كونه له سماع شهادات أهل المهن، فإن للقاضى ذلك عند الضرورة، وأما كونه له النظر فى المواثبات فمسائل المذهب تقتضى أن له ذلك، وعلى الجملة فقد قال أبو إسحاق بن الأمين: للقاضى النظر فى جميع الأشياء إلا فى قبض الخراج، واختلف هل له قبض أموال الصدقات وصرفها فى مستحقيها إذا لم يحضرنا ناظر أم لا؟ وقال ابن سهل فى أول كتاب «الأحكام»: على القاضى مدار الأحكام، وإليه النظر فى جميع وجوه القضاء من القليل والكثير بلا تحديد، وذكر أنه يختص بالنظر فى الجراحات والتدميات وقد تقدم هذا.

فصل: قال القرافى: واعلم أن التوسعة على الحكام فى الأحكام السياسية ليس مخالفا للشرع، بل تشهد له الأدلة المتقدمة وتشهد له أيضا القواعد فى وجوه:

أحدها: أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية، لقوله ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار»** وترك هذه القوانين يؤدى إلى الضرر، ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفى الحرج.

وثانيها: أن المصلحة المرسلة قال بها مالك -رضى الله عنه- وجمع من العلماء، وهى: المصلحة التى لا يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها، ويؤكد العمل بالمصالح المرسلة أن الصحابة -رضوان الله عليهم- عملوا أمورًا لمطلق المصلحة، لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو كتابة المصحف، ولم يتقدم فيه أمر ولا تستطير ولاية العهد من أبى بكر لعمر -رضى الله عنهما- ولم يتقدم فيها أمر ولا نظير، وكذلك ترك الخلافة شورى بين ستة، وتدوين الدواوين وعمل السكة للمسلمين واتخاذ السجن وغير ذلك مما فعله عمر -رضى الله عنه- وهدم الأوقاف التى بإزاء

المسجد؛ يعنى: مسجد رسول الله ﷺ، والتوسعة بها فى المسجد عند ضيقه، وحرق المصاحف وجمعهم على مصحف واحد، وتجديد أذان فى الجمعة بالسوق مما فعله عثمان -رضى الله عنه- وغير ذلك كثير جدا فعل لمطلق المصلحة.

وثالثها: أن الشرع شدد فى الشهادة أكثر من الرواية لتوهم العداوة، فاشترط العدد والحرية، ووسع فى كثير من العقود للضرورة، كالعرايا والمساقاة والقراض وغيرها من العقود المستثناه، وضيق فى الشهادة فى الزنا، فلم يقبل فيها إلا أربعة يشهدون بالزنا كالمرود فى المكحلة، وقيل: فى القتل اثنين والدماء أعظم، لكن المقصود الستر، ولم يحوج الزوج الملاعن إلى بينة غير أيمانه، ولم يوجه إليه حد القذف بخلاف سائر القذفة لشدة الحاجة فى الذب عن الإنسان، وصون العيال والفرش عن أسباب الارتياب، وهذه المباينات والاختلافات كثيرة فى الشرع لاختلاف الأحوال.

فكان ينبغى أن يراعى اختلاف الأحوال والأزمان، فتكون المناسبة الواقعة فى هذه القوانين السياسية مما شهدت لها القواعد بالاعتبار، فلا تكون من المصالح المرسلة بل أعلى رتبة فتلحق بالقواعد الأصلية.

ورابعها: أن كل حكم فى هذه القوانين ورد دليل يخصه أو أصل يقاس عليه، كما تقدم فى أدلة الباب، قال القرافى: ونص ابن أبى زيد فى «النوادر» على أنه إذا لم نجد فى جهة غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك فى القضاة وغيرهم لئلا تضيع المصالح، وما أظن أنه يخالف أحد فى هذا، فإن التكليف مشروط بالإمكان، وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز التوسع فى الأحكام السياسية، لأجل كثرة فساد الزمان وأهله.

قال القرافى: ولا نشك أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمناءهم لو كانوا فى العصر الأول ما ولوا ولا عرج عليهم، وولاية هؤلاء فى مثل ذلك العصر فسوق فإن خيار زماننا هم أراذل ذلك الزمان، وولاية الأراذل فسوق، فقد حسن ما كان قبيحا، واتسع ما كان ضيقا، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان.

وخامسها: أنه يعضد ذلك من القواعد الشرعية، إذ الشرع وسع للمرضع فى النجاسة اللاحقة لها من الصغير، مما لم نشاهده كثوب الإرضاع، ووسع فى زمان

المطر فى طين المطر على ما فيه من القذر والنجاسة ووسع لأصحاب القروح فى كثير من نجاستها، ووسع للغازى فى بول فرسه، ووسع لصاحب البواسير فى بللها، وجوز الشارع ترك أركان الصلاة وشروطها إذا ضاق الحال كصلاة الخوف ونحوها، وذلك كثير فى الشرع ولذلك قال الشافعى: «ما ضاق شىء إلا اتسع»، يشير إلى هذه المواطن، فكذلك إذا ضاق علينا الحال فى درء المفاسد، اتسع كما اتسع فى تلك المواطن.

وسادسها: أن أول بدء الإنسان فى زمن آدم عليه السلام كان الحال ضعيفا ضيقًا فأبيحت الأخت لأخيها، وأشياء كثيرة وسع الله تعالى فيها، فلما اتسع الحال وكثرت الذرية حرم ذلك فى زمان بنى إسرائيل، وحرم السبت والشحوم والإبل وأمور كثيرة، وفرض عليهم خمسين صلاة، وتوبة أحدهم بالقتل لنفسه وإزالة النجاسة بقطعها إلى غير ذلك من التشديدات، ثم جاء آخر الزمان فضعف الجسد وقل الجَلَد، فلطف الله بعباده فأحلت تلك المحرمات، وخففت الصلوات، وقبلت التوبات، فقد ظهر أن الأحكام والشرائع بحسب اختلاف الأزمان، وذلك من لطف الله عز وجل بعباده وسنته الجارية فى خلقه، فظهر أن هذه القوانين لا تخرج عن أصول القواعد، وليست بدعا عما جاء به الشرع المكرم.

*****

الفصل الثالث

فى الدعاوى بالتهم والعدوان

المدعى عليه بذلك ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول

أن يكون المدعى عليه بذلك بريئا ليس من أهل تلك التهمة، فهذا النوع لا تجوز عقوبته اتفاقا، واختلفوا فى عقوبة المتهم على قولين:

والصحيح منهما أنه يعاقب صيانة للبرآء لتسلط أهل الشر والعدوان على أعراض البرآء.

والقول الثانى: أن المدعى بذلك لا يؤدب، قال أصبغ: إن كان المدعى عليه من أهل الصلاح والبرآء، أدب المدعى قصد أذيته أو لم يقصدها، وقال مالك: لا يؤدب إذا كان ذلك طلبا لحقه، وإن قاله على وجه المشاتمة نكل به، وقال أشهب: إن اتهم المدعى أنه أراد عيبه وشتمه أدب وإلا فلا.

مسألة: ولو ادعت امرأة على رجل أنه غصبها على نفسها، فإن كان من أهل الصلاح والطهارة أقيم عليها حد القذف وحد الزنا، لإقرارها على نفسها، وسيأتى ذلك.

مسألة: وكذلك لو ادعى غصبا على رجل من أهل الخير والدين أدب، وقال أشهب: لا يؤدب، وهل يحلف المدعى عليه فى هذه الصور أم لا؟ قالوا: إن كان المدعى به حقا لله تعالى لم يحلف، وإن كان حقا لآدمى فعن مالك قولان مبنيان على جواز سماع هذه الدعوى، والصحيح أنها لا تسمع فى هذه الصور، ولا يحلف المدعى عليه لئلا يتطرق الأراذل والأشرار إلى أذية أهل الفضل والاستهانة بهم.

تنبيه: قال ابن الهندى: الأيمان التى فيها التهم والظنون لا تجب على المدعى عليه، حتى يثبت أنه ممن تلحقه مثل هذه التهمة، فإذا ثبت ذلك حلف وليس له رد اليمين.

تنبيه: قال ابن سهل: إذا كانت الدعوى فى تعد ينسبه أحدهما لصاحبه، لم يجب اليمين فى هذا بالخلطة، وإنما تجب إذا كان المدعى عليه ممن يتهم بذلك وينسب إليه ويكون معروفا به، قال ابن لبابة: وسواء ثبت عليه الغصب والتعدى أو لم يثبت، إلا أن يعرف بذلك وادعى به عليه قبل ذلك، أما لو اعتل أحد الخصمين على صاحبه بأنه من أهل التهمة، لأنه قد أنكر صداق بنته مثلا وأثبته عليه بعد ذلك، فإن لم يكن من زلته غير هذا فليس بزلة يبلغ بها أن يعد فى أهل الريب التى تلزم اليمين فيها بسبب التهم.

قال ابن لبابة: وإذا كان القاضى لا يعرفه فليكشف عنه سرا وجهرا، وفى «مفيد الحكام» قال مطرف: إنما يحلف فى السرقة من اتهم بالرضا بها وبعارها، فإن أبى سجن حتى يرى الإمام فيه رأيه، وإن لم يتهم بالرضا بها وبعارها لم يحلف، وإن اتهم بأنه لم يتورع عن مال غيره إذا أمكنه فلا يحلف.

مسألة: الأيمان فى التهم لا ترد لأن الدعوى لا تحقيق فيها ولا قطع بل هى ظن، فإذا امتنع المتهم من اليمين حبس حتى يحلف لأنه حابس نفسه.

فرع: قال ابن لبابة وأصحابه: كل ما كان من دعوى منصوصة بأخذ المدعى عليه لذلك الشىء المدعى به، كان للمدعى عليه بذلك رد اليمين على المدعى، وما لم يكن منصوصا من يمين تهمة حلف المدعى عليه على ذلك، فإن نكل شدد القاضى عليه بما يراه من الحبس أو غيره.

فرع: قال ابن سهل: وإن لم يحقق المدعى دعواه على المدعى عليه وإنما اتهمه بخيانة وشبهها ولم يقطع عليه، فلا تجب اليمين إلا أن يكون ممن يتهم فى دينه باستحلال مالا يحل، وسيأتى فى القسم الثالث ما يوضح مسائل هذا القسم الأول.

القسم الثانى

وهو المتهم بالفجور كالسرقة وقطع الطرق والقتل والزنا، وهذا القسم لابد أن يكشفوا ويستقصى عليهم بقدر تهمتهم وشهوتهم بذلك، وربما كان بالضرب وبالحبس دون الضرب على قدر ما اشتهر عنهم، قال ابن قيم الجوزية الحنبلى: ما علمت أحدا من أئمة المسلمين يقول: إن هذا المدعى عليه بهذه الدعاوى وما

أشبهها يحلف، ويرسل بلا حبس ولا غيره وليس تحليفه وإرساله مذهبا لأحد من الأئمة الأربعة ولا غيرهم، ولو حلفنا كل واحد منهم وأطلقنا وخلينا سبيله مع العلم باشتهاره بالفساد فى الأرض وكثرة سرقاته، وقلنا: إنا لا نأخذه إلا بشاهدى عدل، كان الفعل مخالفا للسياسة الشرعية.

ومن ظن أن الشرع تحليفه وإرساله فقط غلط غلطا فاحشا مخالفًا لنصوص رسول الله ﷺ ولإجماع الأمة، ولأجل هذا الغلط الفاحش تجرأ الولاة على مخالفة الشرع، وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصلحة الأمة، فتعدوا حدود الله تعالى وخرجوا من الشرع إلى أنواع من الظلم والبدع فى السياسة على وجه لا يجوز.

وسبب ذلك الجهل بالشرعية، وقد صح عن النبى ﷺ أن من تمسك بالكتاب والسنة لن يضل، وقد تقدم فى أول الباب من أفعاله رسول الله ﷺ ما يدل على عقوبة المتهم وحبسه.

واعلم أن هذا النوع من المتهمين يجوز حبسه وضربه لما قام على ذلك من الدليل الشرعى.

مسألة: وفى «المنتقى»: إذا كان المدعى عليه متهما ففى «الموازية» عن أشهب: يمتحن بالسجن والأدب، زاد ابن سهل: وامتحانه بقدر ما اتهم فيه وعلى قدر حاله، ومنهم من يجلد بالسوط مجردا، وقال أصبغ: لا يعذب؛ قاله الباجى وظاهره نفى الضرب.

وأما الحبس فيحسن بقدر رأى الإمام، وقال مالك: ولا يسجن حتى يموت، وكتب عمر بن عبدالعزيز أن يسجن حتى يموت، يعنى إذا لم يقروا به، قال الليث، وقال مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ فيمن سرق له متاع فاتهم رجلا معروفا بذلك، لأن سجنه لصرف أذاه عن الناس إذا كان معروفا بذلك لتكرره منه مع إصراره على الإنكار وإتلاف أموال الناس، فيجب أن يقبض عليهم بالسجن، وليس بعض الأوقات بأولى بذلك من بعض مع تساوى حاله فيهما، قال الباجى: وعليه يمين مع ما تقدم ذكره من الأدب والسجن.

روى ابن حبيب وابن المواز عن أصبغ: أنه يهدد ويسجن ويحلف، وروى ابن المواز عن أشهب لا يمين عليه، فوجه إثبات اليمين أنها تلزمه لما ادعى عليه به من الحق المالى، ووجه نفيها أن الدعوى إنما تعلقت بالسرقة وقد ثبت بسببها من العقوبة ما ينافى اليمين كما ينافيها القطع فى السرقة.

وفى «المدونة»: أن المتهم بالسرقة الموصوف بها يحلف ويهدد ويسجن، وإن لم يكن متهما ولا موصوفا بها لم يتعرض له، وإن كان من لا يشار إليه بذلك أدب المدعىّ وفى «الواضحة» قال مطرف: من شهد عليه بأنه موصوف بالسرقة فإنه يحبس بالسجن حتى يموت، وأما الذى لا يعرف حاله فلا يسجن حتى يسئل عنه، وإن سجن فلا يطال سجنه.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل»: إذا وجد عند المتهم بعض المتاع المسروق، وادعى المتهم أنه اشتراه ولا بينة له فهو متهم بالسرقة، ولا سبيل للمدعى إلا فيما بيديه، وإن كان غير معروف بذلك فعلى السلطان حبسه والكشف عنه، وإن كان معروفا بالسرقة حبس أبدا حتى يموت بالسجن.

مسألة: وقال ابن المواز: من ادعى عليه بسرقة واتهم بها كشف عنه واستقصى عليه بقدر تهمته وشهرته بذلك وبما كان فيه من الضرر، وهذا قول العلماء؛ وقاله مالك والليث، قال ابن وهب، قال الليث: من وجد معه متاع مسروق وقال اشتريته، فإن كان متهما عوقب، وقال أشهب: إذا شهد فيه أنه متهم فإنه يمتحن بقدر ما اتهم فيه وعلى قدر حاله، ومنهم من يجلده بالسوط ومجردا.

مسألة: وإذا كان الشاهد يشهد على المدعى عليه أنه متهم، فإن كان الوالى غير عدل فلا يذهب به إليه ولا يشهد عليه عنده، إلا أن يعرف أنه لا يأخذه بغير حق.

مسألة: قال ابن حبيب عن أصبغ: إن من جاء إلى الوالى برجل فقال: هذا سرق متاعى، فقال: إن كان موصوفا بذلك متهما هدد وامتحن وحلف، وقال أشهب لا يمين عليه.

مسألة: قال ابن حبيب، قال ابن الماجشون: من شهدت عليه بينة أنه سارق معروف بالسرقة، متهم بها وقد سجن فيها غير مرة، إلا أنهم حين شهدوا عليه لم يجدوا معه سرقة، فقال: لا قطع عليه بهذه الشهادة، ولكن عليه الحبس الطويل.

فصل: وهذا حكم المتهم بالغصب والعدوان وقطع الطريق فى الكشف والاختبار لحالهم وما ادعى به عليهم.

مسألة: وفى «المتيطية»: ويضرب السارق حتى يخرج الأعيان التى سرقها.

مسألة: ومن اتهم رجلا أنه غصبه مالا فأنكر، فإن كان ممن يليق به ذلك هدد وسجن، فإن لم يخرج شيئا أطلق وفائدته لعله أن يخرج عين ما غصب إن كان يعرف بعينه، وأما الذى لا يعرف بعينه فلا فائدة فى تهديده، إذ لو أخرج شيئا بعد التهديد لا يعرف بعينه، لم يؤخذ منه حتى يقر به وهو آمن غير خائف.

فصل: واختلف فيمن يتولى ضرب المتهم، فقال جماعة من أصحاب مالك - رضى الله عنهم- أشهب وغيره: إنه يضرب الوالى والقاضى،ويدل على ذلك ما ذكره ابن حبيب قال: أتى هشام بن عبدالملك وهو قاضى المدينة برجل متهم خبيث، معروف باتباع الصبيان، قد لصق بغلام فى الزحام، فبعث إلى مالك يستشيره فيه، فأمر مالك القاضى بعقوبته فضربه أربعمائة سوط، وبه قال أحمد بن حنبل.

وقال بعض الشافعية: يضربه الوالى دون القاضى، وكذلك الحبس راجع إلى الوالى وذهب إليه جماعة من الحنابلة، ووجه ذلك عندهم أن الضرب المشروع هو ضرب الحدود والتعزيرات، وذلك إنما يكون بعد ثبوت أسبابهما وتحققهما، فيتعلق ذلك بالقاضى وموضع ولاية الوالى المنع من الفساد فى الأرض وقمع أهل الشر والعدوان، وذلك لايتم إلا بالعقوبة للمتهمين المعروفين بالإجرام بخلاف ولاية الحكام، فإن موضوعها إيصال الحقوق وإثباتها، فكل والى أمر يفعل ما إليه فوض؛ انتهى، من كلام ابن قيم الجوزية الحنبلى، وهذا الذى نقله عن الشافعية هو كلام الماوردى فى «الأحكام السلطانية»، وهو الذى نقله القرافى من أصحابنا فى «الذخيرة»، والذى نقله ابن قيم الجوزية عن مذهبنا صحيح. فإن للقاضى ضرب المتهم كما ستقف عليه فى فروع هذا الباب، وفى «أحكام ابن سهل» من ذلك ما وضح صحة نقله.

واعلم أن الولايات تختلف بحسب العرف والاصطلاح، كما تقدم فى كلام ابن قيم الجوزية أن عموم الولايات وخصوصها ليس له حد فى الشرع، وأن ولاية

القضاء من بعض البلاد وبعض الأوقات، تتناول ولاية والى الحرب وبالعكس، وذلك بحسب العرف والاصطلاح والتنصيص فى الولايات.

وكلام ابن سهل وابن حبيب وغيرهما من أصحابنا مبنى على عرف بلاد الأندلس فى ولاية القضاء، فإن كانت ولاية القضاء فى قطر آخر تمنع من تعاطى هذه السياسات نصًا أو عرفًا، فليس للقاضى تعاطى ذلك، وإلا فله أن يفعل ذلك، لأنه دعوى شرعية حكمها الاختبار بالحبس والضرب، فليسوغ له الحكم فيها كغيرها من الحكومات.

القسم الثالث

أن يكون المتهم مجهول الحال والوالى لايعرفه ببر ولابفجور، فإذا ادعى عليه تهمة فهذا يحبس حتى ينكشف حاله، هذا حكمه عند عامة علماء الإسلام، والمنصوص عند أكثر الأئمة أنه يحبسه القاضى والوالى، وهو منصوص لمالك وأصحابه.

مسألة: قال ابن حبيب: سألت مطرفًا عن رجل سرق متاعه فاتهم به رجلا من جيرانه، أو رجلاً غريبًا لايعرف حاله، أترى الإمام يحبسه حتى يسأل عنه ويتبين حاله؟ قال: نعم، أرى ذلك على الإمام، وأرى ألا يطيل حبسه لأن النبى ﷺ حبس رجلاً اتهمه المسروق منه بسرقة، وقد صحبه فى السفر، قال ابن حبيب: وقد قاله ابن الماجشون وأصبغ وابن عبد الحكم، قال فضل: جعل ادعاءه السرقة ها هنا مثل ما لو ادعى أنه جرحه أو قتل له وليًا وحبسه ابتداء.

مسألة: قال الباجى: وإذا كان المدعى عليه مجهول الحال، فظاهر ما فى «المدونة» يقتضى أن لا أدب على المدعى عليه وعليه اليمين، وفى «الواضحة»: مايقتضى أنه يخلى سبيله دون يمين، وذلك أنه قال: إن كان متهمًا موصوفًا بذلك هدد وسجن وأحلف، وإن لم يكن كذلك لم يعرض له، وإن كان من أهل الصلاح أدب المدعى.

فصل: واعلم أن حبس المتهم لما تقدم من قول مطرف وأرى أن لايطيل حبسه، قال ابن حبيب: قلت له: يعنى مطرفًا، فإن كان المتهم منبوذًا بالسرقة متهمًا بها قال: فذلك أطول لحبسه.

الفصل الرابع

فى فروع تتعلق بالدعوى

على أهل الغصب والتعدى والفساد

مسألة: إن غصب رجل لرجل عقاراً وغير معالمه حتى لايعرف حدوده، فإن عين الشهود الدار المغصوبة أو ناحيتها، حيل بين الغاصب وبين ذلك كله، ووقف ذلك المدعى فيه، وقيل للمدعى عليه: أبرز لـلقائم داره، فما عـينه الغاصب من ذلك وحلف عليـه أخذه المشهـود له، وإن أبى من اليمين، حـلف المشهود له عـلى ما يقطعه ويحوزه من ذلك ويأخذه، فإن أبى الغاصب أن يبـرز شيئًا للمغصوب منه، أخذت الدار من يده حتى يقر بشىء ويحلف عليه؛ وقاله مطرف.

وروى يحيى عن ابن القاسم: أنه يكلف المشهود عليه ما شهدوا فيه أنه غصبه، فإن حاز شيئًا له بال حلف عليه، ولم يكن للمشهود أكثر من ذلك، وإن حاز شيئًا لا قدر له ولا بال، قيل للمشهود له: خذ ما شهد لك به واحلف عليه، وانزل فيه والظالم أحق أن يحمل عليـه، قال أحمد بن سعـيد الهندى: وقد حضرت الفـتيا بذلك.

وروى أصبغ عن ابن القـاسم: أنه يشدد على الغاصب ويحبس ويضـيق عليه، فإن حـاز شيئًا حـلف عليه ولم يكن له أكثـر، فإن استلجّ فى الإباية عن الحـيازة وأصر على الإنكار حلف أنه لم يغصب شيئًا وبرىء، وقد تقدمت المسألة قبل هذا من «الواضحـة»، وزاد فيها: أن المدعى إذا قـال: لا أعرف حدودها لأنه قد غـير معالمها وحـدودها، فإنه يحال بينه وبين الأرض جميعهـا إذا خلطها بملكه حتى يقر له بحقه منها.

قال: وقد قـاله مالك فى غير الغاصب: فالـغاصب أحق بالحمل على هذا مع مايلزمه من الأدب الموجع، والعـقوبة البالغة والسجن الطويل فيمـا يثبت عليه من الغصب واهتضام المسلمين حقوقهم.

فرع: وفى «مختصر الواضحة»: فى الرجل يقضى له بالأرض، فيدعى خصمه أنه قد تزيد فى أرضه أكثر مما قضى له به وأنكر ذلك المقضى، فإن القول قول المقضى عليه، وعلى المقضى له البينة أن الذى فى يديه مما قضى به، لأنه عليه أن يحوز ببينة ما قضى له به وينصب حدوده على حوزه، فإن لم تكن بينة فالمقضى عليه أحق بأرضه.

مسألة: لو أقر الغاصب أنه غصبه دينارًا، حكم بدينار جيد وازن من نقد ذلك البلد، فإن كان فيه نقود مختلفة لزمه دينار من أى الأصناف شاء، ويحلف أن المدعى الطالب عليه أعلى منه، وكذلك فى الدراهم، فإن كانت دراهم البلد رديئة كلها ناقصة كلها لزمه منها.

مسألة: ولو قال غصبته دراهم ثم كانت رديئة لم يصدق، قال محمد: إذا لم يصل الكلام.

مسألة: ولو قال غصبته دابة قبل قوله فى الخيل والبراذين والهجن والبغال والحمير، دون حمار الوحش إلا أن يصل إقراره بذلك، ولا يقبل فى البقر والغنم والعبيد والإبل.

مسألة: رجل ادعى على رجل أنه أضرّ به وأنه أفسد عليه زوجته وأن زوجته خرجت من عنده إلى ذلك الرجل المدعى عليه ونقلت ماله إلى ذلك الرجل فطلب القاضى البينة على ذلك، فشهد عليه رجل أنه يعرف المدعى عليه من أهل الإضرار بالمدعى والإساءة إليه، وأنه اضطرب عليه الصوت اضطرابًا فاحشًا، وأن زوجه المدعى لما خرجت عنه إنما زالت إلى المدعى عليه، وأن المدعى عليه ممن يعرف بالشر وينسب إلى الأفعال التى ادعى بها عليه، وشهدت عليه بينة شهرته بذلك فاستغنى القاضى فى ذلك فأجابوه: بأن الذى يجب فى ذلك أن يشدد على هذا المرمى بالشر بالحبس الطويل والنكال بعد الإعذار إليه. فإن ظهرت زوجة المدعى ورد متاعه فنعمّا، وإن لم يرد منه شيئًا ومضى على إنكاره حلف فى مقطع الحق أنه لم يأخذ من ماله شيئًا، ولا صار إليه منه شيئًا بعد طول حبسه، فالمبالغة فى نكاله للريبة التى وقعت عليه من تلك الشهادات مما اتهم به من الأول، من «أحكام ابن سهل».

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل» فى رجل هدم بيت رجل فى قرية ليس فيها صاحب البيت، وشهدت البينة أنهم سمعوا صاحب البيت يقول للذى هدم البيت: مادعاك إلى هدم بيتى الذى يقر به كذا وكذا، وأخذ خشبه وعتبه، فقال الهادم: أبوك أذن لى فى ذلك ولم يدع شيئًا غير هذا، فرفعه إلى الحاكم وأثبت قوله ذلك عند الحاكم، فادعى أن عنده مدفعًا لما شهد به عليه، فضرب له الحاكم آجالاً واسعة وتلوم عليه فلم يأت بشىء، فعجزه وأمره برم ما نقض من ذلك وإعادته إلى مثل حاله، وأن يصف ما نقضه ليقام على تلك الصفة، أو يؤخذ بقيمة ذلك فنكل عن الصفة، وادعى الجهل بها لددا وتوركًا عن الحق، وزعم أنه باعه ولم يحضر نقضه.

فسأل الحاكم الفقهاء هل يجبره ويشدد عليه فى ذكر الصفة بالحبس والجلد ثم يحلفه عليها؟ فأجابوه: بأن هذا المعتدى يقال له: لايصح فى معقول سامع منك ما حكيت من التجاهل، ولاشك أنك لم تنقض إلا ما أحطت به علمًا وهذا منك لدد، وللملد حكم قال به أهل العلم من حمل السوط عليه يتبين لدده من غيره، فإن انزجر بالأدب عن التجاهل غرم قيمة ما استهلك، وإن مضى فى تجاهله حمل التأديب عليه فى تجاهله بما شهد الذهن على معرفته، ويؤدب أيضًا على تعديه وجرأته.

وإذا تجافى الحاكم عن مثل هذا، ذهبت الحقوق واجترأ الملدّ على إصرارهم، وقال للمدعى: صف ذلك إن كان يحيط بمعرفة ما استهلك ويغرم المتعدى قيمته على الصفة، وإذا ادعى جهلا فهو أعذر من المتعدى، فإن تمادى التجاهل عن الفريقين فأنزله أوسط قيمة على ما يستدل عليه من وجه لمعاينة الموضع، ومعرفة قدر ما كان فيه، وإن كانت العين غائبة، لأنه إذا أخذنا وسط القيمة فكأن العين قومت.

مسألة: كان مالك يقول فيما رواه عنه مطرف فى هؤلاء الذين قد عرفوا بالفساد والجرم، أن الضرب قلما ينكلهم، ولكن أرى أن يحبسهم السلطان فى السجون ويقلهم بالحديد ولا يخرجهم منه أبدًا، فذلك خير لهم ولأهليهم وللمسلمين، حتى تظهر توبة أحدهم وتثبت عند السلطان، فإذا صلح وظهرت توبته أطلقه؛ من «النوادر» فى «باب الدعاوى».

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل»: وإذا شهد عند الحاكم على رجل أنه من أهل الشر والأذى للناس، ومن أهل الفساد والردى، فيجب عليه الأدب الموجع والحبس الطويل، ويجب الإغلاظ على أهل الشر والقمع لهم والأخذ على أيديهم، فإن ذلك مما يصلح الله به العباد والبلاد، وذلك بعد الإعذار فى ذلك إلى المشهود عليه؛ قاله ابن لبابة وابن وليد، وقال به خالد بن وهب وقال: يقال من لم يمنع الناس من الظلم لم يحملهم على الحق.

مسألة: قال سحنون: وإذا رفع للقاضى رجل يعرفه بالسرقة والدعارة، وادعى ذلك عليه رجل فحبسه لاختبار ذلك، فأقر فى السجن بما ادعى عليه من ذلك فذلك يلزمه، وهذا الحبس خارج عن الإكراه وفى «المتيطية»: فلو اعترف بعد أن مر عليه شهران، فقال سحنون: يؤخذ باعترافه، وقيل: لا يؤخذ باعترافه، سواء عين المدعى فيه أو لم يعينه لأنه مكره، وقيل: إن عين المدعى فيه أخذ باعترافه، وإن لم يعينه لم يؤخذ به، ولم يفرق سحنون بين التعيين وغيره، وقال: لايعرف هذا إلا من ابتلى به؛ يريد القضاة ومن شابههم، كأنه يقول: إن ذلك الإكراه كان بوجه جائز، وإذا كان من الحق عقوبته وسجنه لما عرف من حاله، كان من الحق أن يؤخذ باعترافه.

مسألة: سئل مالك عن فاسق تأوى إليه الفساق وأهل الخمر ما يصنع به؟ قال: يخرج عن منزله ويكرى عليه، قال ابن القاسم: يتقدم إليه مرة أو مرتين أو ثلاثًا فإن لم ينته أخرج وأكرى عليه، وروى عن مالك: أنها تباع، وهى رواية فى «الواضحة»، ولو كانت الدار معه بالكراء أخرج منها، وأكريت عليه ولم يفسخ كراؤه فيها.

مسألة: وروى عن يحيى أنه قال: أرى أن يحرق بيت الخمار، قال: وقد أخبرنى بعض أصحابنا أن مالكًا -رحمه الله- كان يستحب أن يحرق بيت المسلم الخمار الذى يبيع الخمر، قيل له: فالنصرانى يبيع الخمر من المسلمين؟ قال: فإذا تقدم إليه فلم ينته فأرى أن يحرق عليه بيته بالنار، وحدثنى الليث: أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه- حرق بيت رويشد الثقفى لأنه كان يبيع الخمر، وقال له: أنت فويسق ولست برويشد.

مسألة: ومن «الطرر» قال ابن محرز: من كان عنده وثيقة لرجل بإثبات حق فلم يردها إليه متعديًا عليه بحبسها حتى افتقر الرجل أو مات أو لا شيء عنده فإنه يضمنه، وأبين من هذا فى التعدى والإتلاف، لو تعدى على وثيقة رجل قطعها أو أفسدها فتلف الحق بقطعها، فإنه يضمن ما فيها ويضمن أيضًا من كانت عنده شهادة بإحياء حق لرجل فلم يشهد حتى تلف منه.

وكذلك لو مر رجل بإنسان معه صيد وهو مفتقر إلى سكين يذكى بها الصيد، ومع المار سكين فلم يدفعها له حتى مات الصيد، ففى تضمين المار خلاف، وكذلك لو ترك المواساة بخيط لجائفة ونحوها حتى مات، ففى الضمان قولان، وهذه قاعدة تحتها فروع كثيرة.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل» فى امرأة اشتكت عند القاضى من رجل ذكرت أنه أخذ ولدها صغيرًا وغربه عنها، فأقر الرجل بتغريب الصبى، وادعى أنها امرأته وأنه تزوجها بقرطبة، والدعوى عند قاضى قرطبة، وصدقته المرأة ولم يثبت التناكح عند القاضى، وقالت المرأة: إنما فعل ذلك بالصبى لتبيح له نفسها بلا نفقة يقيمها لها، ولا عائد يعود عليها به، فأمر القاضى بحبسه إلى أن يحضر الصبى، وخشى القاضى ارتحاله فتضطر المرأة إلى اتباعه والخروج معه إلى حيث أحب، والمساعدة له على ما أراد بسبب شفقتها على ولدها، فكتب القاضى إلى الفقهاء المشاورين بذلك فأجابوه: بأن التشديد عليه بالسجن صواب ورشد؛ قاله ابن لبابة ومحمد بن وليد وأيوب بن سليمان.

قال القاضى ابن سهل: ليت شعرى، ما الذى منع القاضى ومنع الفقهاء من كشفهم عن تناكحهما من عقدة بينهما، وعن الولى والشهود لأنهما ذكرا أن التناكح بقرطبة، ولم يثبت عند القاضى فكان ينبغى الكشف عن ذلك، فإن بان له كذبهما وأقرا بأن ذلك الولد منهما وأقر بدخوله بها ووطئه إياها، أقام الحد عليهما، على ما فى «المدونة» وغيرها فى حامل ادعت أنها مستكرهه، فإنها لا تصدق وتحد بخلاف ما لو كانا طارئين، فإنه لايعرض لهما فهذا مهم تقصير.

مسألة: لو أكره عـامل رجلا على أن يدخل بيتًا فـيخرج منه متـاعًا ليدفعـه إليه ففعل ثم عزل، فـقال سحنون: لرب المتاع أن يأخذ من شاء منهـما، فإن أخذه من المأمور رجع به على الآمر، ولو أقام المأمور فى غيبة رب المتاع فله أخذه من الآمر.

مسألة: والسارق إذا ترك باب الدار مـفتوحًا وليـس فى الدار أحد فيؤخـذ منها شىء فإنه يضمنه.

مسألة: لو أخبر رجل لصوصًا بمطمورة رجل، أو أخبـر بها غاصبًا فبحث عنها أو عن ماله، ولولا أخبـره ما عرفت، ففى تضمـينه قولان للمتأخـرين وبالتضمين قال ابن أبى زيد.

مسـألة: ومن اعتدى عـلى رجل فقدمه إلى السلطان وهو يعلم أنه يـتجاوز فى ظلمه ويغرمه مالا، فالأكـثرون على أن عليه الأدب وأنه آثم، وأفتى بعض الشيوخ أن الشاكى إن كان ظالمًا فى شكواه فإنه يضمن مـا غرم بغير حق، وإن كان مظلومًا ولم يقدر أن ينتصف إلا بالـسلطان فلا شىء عليه، وما أخذ منه الأعـوان مثل ما أخذ منه السلطان فى الحكم، فمتى قدر عليه أو عليهم أخذ منهم ما أخذوه منه.

فرع: قال ابن أبى زيـد: وأما الرجل يأتى إلى السلطان فـيخبـره بأسمـاء قوم ومواضـعهم، وهو يعلم أن الذى يطلبـهم به ظلم فأراه ضـامنًا لما غرمـوه، وعليه العقوبة الموجعة.

فائدة: فى الفرق بين المعتدى والغاصب

والفرق بـينهما: أن الـتعدى جنايـة على بعض السلعة، والغـصب جناية على السلعة كلها، وأيضًا فإن المعتدى ضـامن يوم التعدى لأن يده كانت عليه بإذن ربها قبله، والغـاصب ضامن يوم الغصب وأيضًـا فالمتعـدى إن أتى بها سالمة ضـمنها، والغاصب إن أتى بها سالمة لـم يضمنها، قال القاضى عياض: وقـد جعل غير ابن القاسم الغاصب كالمتعدى، إذا أمسكها عن أسواقها حتى نقصت من قيمتها.

وأيضًا فالمتعدى لايضمن إلا فى الفساد الكثير، والغاصب يضمن اليسير إذا شاء المغصوب منه ذلك، وإلا أخذ سلعـته ناقصة ولايغرم شيئًا، وأيضًا فـالمتعدى يلزمه كراء ما تعدى عليه وأجرته بكل حال عند مالك، وقال فى الغاصب: لا كراء عليه وفى بعض هذه الأوجه خلاف.

مسألة: والغصب محرم ابتداء، والضمان والأدب بعد الوقوع ولايؤدب غير البالغ، وقيل: يؤدب كما يؤدب الصغير فى المكتب.

مسألة: لو قامت بينة على رجل أنه انتهب صرة ثم قال: كان فيها كذا، وقال ربها: كذا، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ قاله مالك وقال عنه ابن القاسم: إذا طرح الصرة فى متلف ولم يَدْرِ كم فيها. أو لم يطرحها واختلفا فى قدرها، أن القول قول المنتهب فى يمينه، وقال مطرف وابن كنانة وأشهب فى هذا وشبهه، إن القول قول المنتهب منه إذا ادعى ما يشبه أنه يملكه؛ يريدون ويحلف وفى «باب القضاء باللوث فى الأموال» شىء من هذه المسائل وكذلك فى «باب القضاء بالشهادات المجهولة والناقصة» شىء من مسائل الغصب.

مسألة: وإذا أخذ واحد من المغيرين ضمن جميع ما قامت به البينة، وأحلف المغار عليه فيما يشبه أنه له أو يملكه، ولو أخذوا كلهم وهم أملياء لم يضمن كل واحد إلا ما ينوبه؛ قاله ابن الماجشون وأصبغ.

مسألة: قال ابن القاسم فيمن أقر أنه غصب عبد فلان هو ورجلان سماهما، وصدقه رب العبد أن هذا يضمن جميع قيمة العبد، ولا يلتفت إلى من كان حضر معه إلا أن يقوم عليهم بينة أو أقروا، ثم إن قامت عليهم البينة وبعضهم عديم فيؤخذ من الملئ جميع القيمة ويطلب هو وأصحابه.

مسألة: إذا أتلف المتعدى شيئًا ضمنه وإن أفسد فسادا كثيرًا فربه بالخيار والتضمين وأخذ الأرض، وقال أشهب: ليس إلا التضمين أو أخذ متاعه دون أرش. وقاله ابن القاسم مرة ثم رجع عنه وإن أفسده فسادًا يسيرًا، وأفات الغرض المقصود فهو كالكثير، وذلك كقطع ذنب بغلة القاضى وطيلسان ذى الهيئة، وهذا كله مع الأدب والتعزير على قدر فساده وجراءته وعادته، وإن لم يفت الغرض فليس له غير الأرض، وإذا كان الفساد يسيرًا فى الثوب فلابد أن يرفوه أو يخيطه إن كان مما تصلح فيه الخياطة، وحينئذ يعطى الأرش، وكذلك القصعة يشعبها، وأما الفساد الكثير فلا يرفوه.

وقال بعض المتأخرين: إذا اختار أخذ الثوب وما نقصه فلابد أن يرفأ أو يخاط، ولا فرق بين اليسير والكثير، وما ذكره هو خلاف ما يظهر من قولهم، وقد يغرم فيه أكثر من قيمته.

مسألة: لوجنى رجل على عبد رجل جناية مفسدة غرم قيمته وعتق عليه، وإن كره سيده على الأصح، وقيل: إن اختار أخذه فله ذلك.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل» فى امرأة رمت رجلا أنه اختدعها وافتضها، وشهد فى ذلك الرجل جماعة من خيار الناس ممن يعرفه أنه من أهل الطهارة والحالة الحسنة، وأنهم لايعلمون أن ينسب إليه من هذا شىء، ويشهد على المرأة أن هذه المرأة منسوب إليها الردى، فأجاب المشاورون فى ذلك بأن الحد واجب على المرأة للرجل الذى رمته حد الفرية ثمانون سوطًا قال ابن لبابة: وتضرب لإقرارها بالزنا مائة إذا لم تكن محصنة فيكون عليها مائة وثمانون سوطًا؛ يريد إن قامت على دعواها، وإن رجعت عن ذلك لم يلزمها إلا حد القذف.

قال ابن المواز فى الجارية إن جاءت به متعلقة به تدمى أو لا تدمى وهو ممن لايتهم بذلك، حدت للقذف لا للزنا؛ قاله ابن القاسم وابن وهب، وقاله مالك، وقال ابن الماجشون: لايلزمه صداق ولا أدب،ولا تحد هى لما رمته به، وقال أصبغ: وإن كان متهمًا فلها عليه صداق المثل؛ قاله ابن الماجشون وأشهب، وقال ابن القاسم: لاصداق لها إلا أن يشهد رجلان أنه احتملها وغاب عليها، فتحلف وتأخذ صداقها إن ادعت أنه أصابها، ويوجع هو ضربًا؛ وقاله مالك، وانظر «المنتقى» للباجى ففيه ذكر ما اختاره هو فى ذلك.

مسألة: وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: وقال لى أصبغ فى الرجل يدل على الرجل فيأخذ من بستانه غرسًا من أصله فيغرسه فى أرضه، فينكر ذلك المأخوذ من بستانه ولايحتمل دلالته عليه، إن كان بحُدْثان ما غرسه المدل فى أرضه، وقبل أن يطول زمانه فأراه أحق به، وإن كان قد ثبت وعلق، وأما إن تطاول أمره فإنما له قيمته بائنًا يوم اقتلعه ولا سبيل له إلى أخذه، لأن دلالته عليه إذا كان من أهل الدلالة عليه شبهة تمنع قلعه.

فرع: قال ولو كان غير عدل ولكن اقتلعه غصبًا وتعديًا كان أحق بغرسه، وأن ثبت فى أرض هذا وطال زمنه وثبتت زيادته لأنه شبيه بعينه قد زاد ونما وشب، فهو كالصغير يغصب ويسرق، فيجده صاحبه وقد كبر وشب فهو أحق به إن شاء إلا أن يشاء أن يسلمه ويأخذ قيمته ثابتًا يوم قلعه فيكون له.

فرع: قال: ولو لم يكن غرسًا ولكنه امتلاخ امتلخه من شجر رجل غصبًا وتعديًا بلا إذن من صاحبه ولا دلالة عليه، فإن أقام المأخوذ ذلك من شجرة على حقه، يحدثان ما أخذ وما اغترسه الآخذ وإن كان قد علق فهو أحق به، وإن كان بعد طول زمان وبعد نماء وزيادة، فلا أرى له سبيلا إلى أخذه بعينه، ولكن له قيمته يوم امتلاخه من شجرة عودًا ميتًا مكسورًا إذا لم يكن يضره شجره، لأنه كالحب الميت يغصبه الرجل فيزرعه فى أرضه فينبت فإنما الزرع للغاصب، وعليه للمغصوب رد كيله من حب مثله، وإن كان ذلك أضر بالشجر فعليه مع قيمة العود الذى أخذ قيمته، ما نقص الشجر وما وهى منها إن كان ذلك أوهاها، إذ لا يشبه الامتلاخ الغرس عرق حى أخذ وهى حى، واغترس وهو حى، ونبت حيًا، والامتلاخ قضيب ميت، ورأى عليه مع ذلك العقوبة على أخذه إياه بغير إذن صاحبه، ولو كان فعل ذلك مدلا غير غاصب فإنى أرى أن يتحلله من ذلك، فإن حلله وإلا غرم قيمته عودًا مكسورًا يوم امتلخه، كان ذلك بحدثانه أو بغير حدثانه.

تنبيه: قال فضل بن سلمة: إنما يجعله سحنون له إذا كان لو قلعه وغرسه نبت، فإن كان لا ينبت إن قلعه وغرسه فإنما له قيمته ولا سبيل إلى قلعه، وقد كان ربيعة يقول فى مثل هذا: وإن نبت فإنما له قيمته أو غرس مثله.

مسألة: قال عبد الملك: قال أصبغ: ولو أن رجلا اغتصب غرسًا من أرض رجل، ثم باعه فاشتراه من لايعرف أنه اغتصبه فغرسه فى أرض نفسه، ثم استحقه صاحبه وقد علق وثبت خير مستحقه فى ثلاثة أوجه، إن شاء أخذ منه الثمن الذى باعه به، وإن شاء اقتلعه وأخذ غرسه، وذلك مالم يطل زمانه فى أرض المشترى، وتتبين زيادته ونماؤه فلا يكون له أخذه حينئذ، ولكن له على مبتاعه قيمته يوم غرسه فى أرضه وليس قيمته اليوم، لأن له فيه سقيًا وعلاجًا وعملا، وبه بلغ هذا المبلغ، فإن أخذ ذلك من المبتاع رجع المبتاع على الغاصب بالثمن الذى أعطاه.

تنبيه: قال فضل بن سلمة: جعلوا زيادة ذلك عند المبتاع خلاف ماهى عند الغاصب، أفرأيت الصغير يكبر هل يفرق بين المشترى والغاصب؟

مسألة: قال أصبغ: فى البستان والحديقة من الزيتون أو من أى أنواع الشجر كانت يعدو عليها عاد فيقع شجرها ويفسدها، إن كان الفساد فى الشجر يسيرًا قوم عليه فى الشجر التى قطع، وأفسد قيمتها ثابتة حين قطعها ونظر إلى قيمة البستان والحديقة، قبل أن يقطع منها ما قطع من قبل أن يفسد منها ما أفسد، ونظر إلى قيمتها بعد القطع والفساد، فأى ذلك كان أكثر وأسخط حمل ذلك عليه مع العقوبة الموجبة.

وهكذا حدثنى ابن وهب عن يونس عن ربيعة وهو أحسن ما فيه عندنا، قال أصبغ: وأنكر مالك ما ذكر من تضعيف القيمة على مفسد الشجر وقاطعها، وقال: ليس عليه فى ذلك إلا قيمة ما أفسد.

مسألة: ومن أفسد ثمرة قبل أن يبدو صلاحها غرم قيمتها يوم أفسدها على الرجاء أن يتم، وعلى الخوف أن لايتم، كما يكون ذلك فى الزرع الأخضر هذا كله مع الأدب من السلطان بقدر سفهه وإفساده.

مسألة: قال محمد بن سحنون حين سئل عن الذى يقطع شجرة الرجل من فوق أصلها، فقال: لايقضى عليه الساعة ولكن ينتظر بالشجرة، فإن عادت لهيئتها كما كانت أولاً فلا شىء على القاطع؛ يريد سوى الأدب، وإن هى عادت ولم تتم على حالها الأول وغرم ما نقص، قيل له: فإن قطعت فروعها أو من فوق أصلها أينتظر بها عشر سنين أو أقل من ذلك أو أكثر؟ قال: نعم؛ من «مختصر الواضحة».

مسألة: قال ابن حبيب: وقال لى مطرف وابن الماجشون وأصبغ فى ظالم أسكن معلمًا دار رجل ظلمًا، ليعلم له فيها ولده ثم مات الظالم أو مات المعلم، فصاحب الدار مخير فى كراء داره إن شاء أخذه من مال المعلم.

مسألة: قال ابن حبيب: وقال لى مطرف فى رجل استجهل عند سلطان متعد فضربه أو أغرمه، ثم انتصف المستجهل عند سلطان غيره فلا يغرمه ما أغرم بسببه، ولكن عليه العقوبة.

*****

الفصل الخامس
فى باب الغصب والتعدى
من بيع المضغوط وأيمان الإكراه

وفى «مختصر الواضحة»: بيع المستكره غير جائز عليه. ولا لازم بمنزلة الطلاق والعتاق إذا استكره عليه، وكل ذلك موضوع عنه لايلزمه منه شىء لقوله ﷺ: **«وضع عن أمتى ثلاث الخطأ والنسيان وما استكروهوا عليه»**، فإذا ألجأ الظالم رجلا إلى أخذ ماله بغير حق، واضطره حتى باع ماله فذلك غير جائز عليه، وهو أولى بكل ما باعه فى تلك الحال ولا شىء عليه من ثمن ذلك، وليتبع المشترى بالثمن ذلك الظالم الذى أخذه أو وصل إليه، قال مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ: وسواء وصل ثمن المتاع إلى المضغوط ثم دفعه المضغوط إلى الذى ألجأه إلى البيع بتعديه عليه، أو كان الظالم هو الذى تولى قبض الثمن من المبتاع فإذا بمتاعه بيد من ابتاعه، أو بيد من اشتراه من الذى ابتاعه، فهو أحق به ولا شىء عليه من ذلك الثمن، وليراجع به الباعة بعضهم على بعض، حتى يرجع المبتاع الأول على الظالم الذى وصل الثمن إليه، ولو كان الذى فعل بهذا المظلوم ما فعل، إنما هو بعض أعوان الظالم فى المغرم الذى أغرم، حتى باع متاعه ودفع الثمن إلى الموكل، فإن للمبتاع إذا أخذ المتاع من يده أن يأخذ بالثمن من شاء من الموكل أو الوكيل، إذا أثبت أن الثمن وصل إلى الموكل، أو أثبت أنه أمر بذلك الوكيل بقبض ذلك المال، وتلك التسمية من هذا المظلوم.

تنبيه: وحد الإكراه الذى لايلزم معه بيع متاعه هو الحبس أو التنكيل أو الضرب أو التهديد بذلك، وإن لم يكن ذلك إلا أنه قد توقع ذلك، أو توقع عليه لما يعرف من عداء ذلك الظالم وأخذه أموال الناس بغير حق، وانتهاك حرمتهم بالضرب والرهق، فما بيع فى هذا عرف بيعه، وأن الثمن قد وصل منه أو من المبتاع إلى الظالم أو إلى الموكل به من جهة الظالم، فهو يرجع فى متاعه إذا وجد إليه بالحق سبيلاً.

مسألة: قال سحنون، فى الأمير الغاصب يقول للرجل: ائتنى بألف دينار وإلا ضربت عنقك، ولايجد الرجل ما يعطيه فيبيع داره بألف دينار فيعطيها الأمير، فإن البيع متنقض ويغرم البائع لمن اشترى منه الدار الثمن الذى أخذ منه، ويأخذ داره ثم يتبع ذلك الأمير بما أعطاه.

تنبيه: قال عبد الملك: قالوا ولو ادعى الموكل أنه لم يرض ما أمر به فى المظلوم أنه توقع على نفسه العقوبة من الظالم إذا لم يعطه فيما أمره به، وهو من أعوان الظالم أو من غير أعوانه لايعذر فى ذلك، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا طاعة للمخلوق فى معصية الخالق»، فمن أمره الوالى بقتل رجل ظلمًا أو قطعه أو جلده أو أخذ ماله أو بيع متاعه فلا يفعل شيئًا من ذلك وإن علم أنه عصاه وقع به فى نفسه أو ظهره أو ماله، فإن أطاعه وجب عليه القود والقطع والغرم وغرم ثمن ما باع، قال فضل بن سلمة: انظر هذا، وانظر ما قاله ابن الماجشون فى «ديوانه» فى السلطان يأمر رجلا يقتل رجلا ظلمًا، أن السلطان يقتل المأمور.

فرع: ومن أكره على قتل ابنه أو أخيه والقاتل وارثه، فإن ذلك يمنعه من الميراث ولايرفع عنه حكم الفرد.

تنبيه: قال عبد الملك: قالوا وكذلك إن استكرهه على أن يزنى وحمل السيف على رأسه، أقيم الحد عليه فى ذلك ووجب عليه إثمه، وليس هذا من الاستكراه الموضوع عن صاحبه، وإنما الموضوع عن صاحبه إثم ما ركب بالاستكراه فى الأيمان والطلاق والبيع والإفطار فى رمضان وشرب الخمر وترك الصلاة، كما إذا عدا قوم على رجل واستكرهوه عن الصلاة وقالوا: إن صليت وأنت معنا ضربنا عنقك، وأشباه هذا مما هو لله تعالى.

مسألة: قال عبد الملك قالوا: ولو لم يعرف هل وصل الثمن إلى الظالم فى مغرمه ذلك، أو صرفه المضغوط فى مصالحه؟ حمل على أن الثمن وصل إلى الظالم إذا كان عداؤه عليه معروفًا، حتى باع متاعه مستكرهًا إلا أن يستيقن أنه أدخله فى متاعه فى غير مغرمه، فلا يصير حينئذ إلى متاعه إلا بدفع ما قبض فيه من الثمن، قالوا: وسواء كان المضغوط فى وقت بيعه متاعه ظاهرًا أو مغيبًا عن أعين الناس أو خارجًا من الحبس بغير كبل ولا حديد، فوقف فى السوق لبيع

متاعه ومعه الحرس، فإذا أمسى ردوه إلى الحبس، أو كان قد أعطى حميلا بضمان ذلك المغرم حتى يتنفس فيه ويجمعه، أو كان هاربًا فأخذ متاعه فأمر أهله ببيعه، كل ذلك عندنا سواء، ولايلتفت إلى المبتاع لا إلى جهله بذلك، غير أنه إذا علم فقد شارك فى إثم ذلك، وسواء كان هذا المظلوم ذا مال ناض يغنيه عن بيع متاعه أو رقيقه فى المغرم، غير أنه يظهر ما يملك ما حمل إلا ببيع ذلك خوفًا أن يزداد عليه، أو لم يكن عنده أو غير ذلك الأمر فيهما واحد.

فرع: وفى «معين الحكام»: ولو أمره رجل على قبض مال، وعلى دفعه لآخر فقبضه فهلك بيده قبل دفعه فلا ضمان عليه.

تنبيه: الفرق بين مشتر علم بالإكراه وبين من لم يعلم به، أن من لايعلم لايضمن مالا يغاب عليه إذا ادعى تلفه والغلة له، ومن علم يضمن ذلك كله ويستويان فيما أكلاه أو لبساه.

مسألة: ولو تسلف المضغوط فى فكاك المضغوط نفسه لزمه ما تسلف.

مسألة: ولوهرب المضغوط فأخذ الحميل بما تحمل حتى باع متاعه فحكمه فى ذلك حكم المضغوط لأنه مظلوم مأخوذ بغير حق، ولا رجوع للحميل على المضغوط؛ من «معين الحكام».

مسألة: وأما ما باعته امرأة المضغوط أو ولده أو والده أو قريبه من متاع نفسه فى افتكاك المضغوط مما هو فيه من العذاب فبيعه ماض لا رجوع له فيه لأنه لو شاء لم يفعل وله أجر ما احتسب.

مسألة: ومن أكره على هبة نصف دار أو عبد فوهب جميع ذلك أو على أن يهب ألفًا فوهب ألفًا وخمسمائة فهو كله باطل، وكذلك لو أكره على أن يبيع أمته من فلان فوهبها له، أو على أن يقر له بألف فوهب له ألفا فذلك كله باطل.

مسألة: ولو أن صاحب هذا المأخوذ ظلما قيل له: إن أهل ناحيتك قد جلوا عن جبايتهم، وما عليهم من وظائفهم أو جزيتهم إن كان من أهل الذمة، فأدّ إلينا ذلك عنهم، وما أشبه هذا من الظلم فيقول: أنا أؤدى فخل عنى حتى أتحيل فيه، فيخليه، بلا حميل ولا كفيل ولا حرس، فيقيم ببيع رقيقه ومتاعه فى أداء ما جعل

عليه وهو قادر على أن يفر عنه، غير أنه يتوقع فى هروبه أن يخالفه إلى منزله بالتعسف والاجتياح والمعرة فى أهله، وذلك أنه يتوقع ما قد فعل بغيره، فإن هذا بمنزله الموكل به المحبوس، لأنه غير آمن معرته فهو كأسيره، وسواء أمره ببيع متاعه أو أمر بذلك غيره من أعوانه.

مسألة: وأما ما أعتقه المبتاع من رقيق المضغوط أو دبره، أو كاتبه ثم أنصف الله تعالى المضغوط من حقه كان أولى برقيقه، ويبطل ما أحدث المبتاع فيهم، كان المبتاع عالمًا بحاله أو جاهلاً.

مسألة: وإذا سخط الأمير على أهل بيت فأصاب منهم رجالا بالقتل ونفى سائرهم عن دورهم وقراهم، وشردهم إلى قاضى بلدهم فلبثوا على هذا البلاء، ثم إن الأمير أمن منهم من أردا شراء قريته منه أو داره، فيدخل البلد آمنًا حتى يشترى منه داره وينقده ثمنه، ثم يأمر بالخروج إلى ما كان عليه من التشريد، ومنهم من تركه له وأذن له فى السكنى فلا نرى بيعهم ذلك جائزًا عليهم، ونراهم أحق بما باعوا مثل غاصب المنزل من الرجل يشتريه منه قبل أن يرده عليه ويملكه إياه، إلا أن تكون ردت عليهم قبل الشراء منهم ردًا بينا، وأمنوا من الظلم إن شاءوا باعوا وإن شاءوا أمسكوا ويسكنونها، ولاينفون عنها؛ قاله مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ، قالوا: ولهم أن يقاصوا فى الأثمان التى أخذوها بما أخذ من غلاتهم وكراء أرضهم ودورهم التى سكنت بمنزلة الغصب سواء.

فصل

فى بيع الظالم مال نفسه عند المصادرة

قال ابن حبيب: قال لى مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ فى العمال يولون بطلبة منهم أو كرهٍ فيأخذون أموال الناس بغير حق، ويسيرون فيه سيرة الظلم ثم يعزلون على سخطة من الوالى عليهم، فيرهقهم ويعذبهم فى غرم يغرمهم انتقامًا لله تعالى منهم، وليرده على أهله الذين أخذ منهم بغير حق أو يغرمهم لنفسه على غير تحرى الحق والعدل، فليجئوا فى ذلك إلى بيع أمتعتهم ورقيقهم، فذلك ماض عليهم سائغ لمن ابتاعه بمنزلة ما باعه المضغوط فى الحق

الذى يلزمه، أو الدين الذى ثبت عليه، لأن إغرامهم ذلك كان من الحق للوالى الذى ولاهم، وأن يرد ذلك إلى أربابه، فإن احتبس الوالى ذلك لنفسه فإنما هو ظالم للرعية فى ذلك.

وليس ذلك بنافع أولئك العمال الظلمة فيما باعوه ضغطة فى مغرمهم ولا حجة لهم فى أن يقولوا: إنما كنا نأخذ ذلك لمن ولانا، ويقاد منهم لكل من جلدوا وقطعوا بغير حق.

فرع: وكذلك العامل الذى يتقبل الكورة والبلدة بشىء معين مضمون فى ماله يلزمه نفسه، فإن استوفاها من القوم الذين يتقبل عملهم، فله ما زاد وعليه ما نقص، فيخرج فى عمله على هذا فيأخذ ما شاء من أموالهم، غير أن ذلك بأسباب وظائف وعلل وأشياء قد سموها وأمور قد جروا عليها، فربما عزله الوالى للوقت الذى يقبل إليه فيعجز عن تلك القبالة فما باع فى ذلك من متاعه طوعًا أو كرهًا معذبًا عليه أو مطلقًا فيه فهو ماضٍ غير مردود، وهو أقبح وبيعه أحرز من الذى قبله.

وكذلك متقبل المعادن بعدة مسماة من الدنانير إذا أخرجهم الذى ولاهم ذلك فعجزوا عنه، حتى عذبوا وبيع متاعهم ورقيقهم فذلك ماضٍ عليهم.

فصل

فى الاستكراه فى الأيمان

وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: قال لى مطرف وابن الماجشون وعبد الله بن نافع وإسماعيل بن أبى أويس: سمعنا مالكًا يقول وجميع أصحابه بالمدينة من أكره على يمين أن يحلف بها، وهدد بضرب أو سجن وجاء من ذلك وعيد بين تقع فيه المخافة أو يخاف ذلك، وإن لم يوقف عليه فلا يمين عليه وكأنه لم يحلف؛ وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ ورروياه عن ابن وهب وابن القاسم وأشهب قال مطرف: وسمعنا مالكًا يقول: السجن إكراه، والقيد إكراه، والوعيد المخوف إكراه بمنزلة الضرب والوهن لايجوز على صاحبه يمين ولا بيع؛ وقاله أصحاب مالك كلهم - رضى الله عنهم.

تنبيه: قال ابن الماجشون وأصبغ: وسواء حلف هذا المكره فيما هو لله تعالى طاعة أو معصية، وقال مطرف: إنما تكون اليمين عنه ساقطة إذا حلف فيما هو لله معصية، فأما إن حلف فيما هو لله طاعة، مثل أن يأخذ الوالى الرجل شاربًا، فيحلفه بالطلاق مطلقًا على أن لا يشرب الخمر ولايفسق وأن لا يغش فى عمله أو لايتلقى الركبان أو الوالد يحلف ولده مكرهًا له على اليمين فى أشباه هذا من تأديبه إياه، فإنى أرى اليمين تلزمه.

وإن كان قد تكلف منها المحلف ما ليس عليه وهو منه خطأ، قال ابن حبيب: وبهذا أقول، وهواستحسان، وقال ابن الماجشون وأصبغ: وهو القياس، وفى «البيان» وسئل مالك عن المجلود فى الخمر والفرية، أترى أن يحلفوا؟ قال: لا، وأنا أكرهه، قيل له: ربما كان الرجل الماجن الخبيث يرى أن يكسر بذلك وينزجر فلم ير ذلك.

وقال: إنما هذه عقوبات وعذاب أحدثها الحجاج، ومثله قيل له: أترى أن يطاف بهم وبشارب الخمر؟ قال: إذا كان فاسقًا مدمنًا، فأرى أن يطاف بهم ونعلن أمرهم ويفضحون.

مسألة: وسئل ابن الماجشون فى السلطان يحلف أصحاب الطعام أن لا يجهزوا إلا إلى المدينة، فيحلفون له خوفًا من عقوبته، ثم وجد بعضهم قد جهز إلى غير المدينة، أو وجد رجلا لم يكن حلف معه قد جهز إلى غير المدينة، فيحلف له بالطلاق فرقا من عقوبته ما جهز إلى غير المدينة شيئًا؟ فقال: ماينبغى لهم أن يعصوا السلطان فى صلاح العامة فإذا وقع ما وصفت لك من المعصية واليمين عليها، قبل وقوعها أو بعد ما وقعت فرقًا من العقوبة والحبس إن لم يحلف فقد دخل فى الإكراه الذى يسقط الحنث، وعليه المأثم فيما أضر بالجماعة. قال عبد الملك بن حبيب: وذلك أن النهى بالتجهيز إلى غير المدينة مستحسن من العقل، وليس نراه بلازم للسلطان أن يلزمه الناس، ولا التجهيز إلى غيره بالمحرم عليه.

قال: وأما لو كان مما يجب النهى عنه ويحرم فعله على من فعله للزمت فيه اليمين، وإن أخافهم عليها إن لم يحلفوا، بذلك نقول فى مثل ذلك؛ وقاله مالك ابن أنس.

مسألة: وإذا كان واليًا يجور فى الزكاة ويأخذ أكثر مما فرضه الله تعالى، أو يأخذها فى غير أوانها، أو يكون قد وظف الصدقات على أهل القرى فهو يأخذ على تلك الوظائف، فيدعى الرجل أنه لم يزرع أو أنه ليست له ماشية أو بعض هذه الأمور، فيقول له: احلف على ما تدعى، فإن كان إن لم يحلف له أمن من أن يعاقبه فى نفسه بضرب أو سجن أو معرة تصيبه منه، فحلف فاليمين تلزمه فيما حلف به، يحنث بحنثها أو يبر ببرها، وليصدق ولا يحلف كاذبًا، وإن كان يعلم أنه إذا صدق أخذ ماله بغير حق فلا يفى ماله بيمينه، وإن كان إن لم يحلف عاقبه فى بدنه إما بضرب أو سجن أو بعض المعرة، فقد دخل عليه الإكراه الذى لا تلزمه فيه اليمين وإن كان كاذبًا، وإن كان أصل ما استحلف عليه المال أن ذلك يفضى منه إلى بدنه إذا هو لم يحلف، ولكن لا أحب أن يعجل باليمين حتى يرى موضع شدة، فإنه كلما اشتد عليه الأمر اتسعت عليه اليمين.

قال: وإنما يجوز للرجل أن يدرأ بيمينه عن بدنه لا عن ماله، وقال ابن «الماجشون»: لا حنث عليه وإن درأ عن ماله ولم يخف على نفسه، قال ابن حبيب: وقول مطرف الذى قدمناه أحب إلى، وقد قاله ابن عبد الحكم، وأصبغ وأخبرانيه عن ابن القاسم عن مالك - رحمه الله- قال ابن حبيب: إلا ما كان من المال قادحًا كثيرًا، مثل سلطان يجتاح الرجل أو القوم يعرضون لمال الرجل وما أشبه ذلك فلا تلزم فيه اليمين أيضًا، وكذلك سمعت أصبغ أيضًا.

مسألة: قال فضل: وجدت لابن مزين فى أحد كتبه الخمسة، قال يحيى: سمعت أبا زيد قاضى المدينة يسأل عن الرجل يخاف من اللصوص فيغيب ماله فيأخذونه، فيقولون له: غيبت عنا مالك، فيقول: ما غيبت شيئًا، فيقولون: فاحلف لنا، فيحلف لهم بالطلاق أنه لم يغيب عنهم شيئًا، وهو إن لم يحلف عذبوه، وإن أطلعهم على ماله أخذوه، فقال: هذا مكره لا حنث عليه، قال: قلت له أو يكون الإكراه فى الأموال؟ قال: نعم، قلت: أتحفظ هذا؟ قال: نعم هو الذى عرفنا.

قال يحيى: وسألت عنه أصبغ فقال: إن كان المال كثيرًا له بال فيحلف ولا حنث عليه، وإن كان يسيرًا فلا أحب له أن يحلف، هذا الذى رأيت منه استحسانًا ورأيت مذهبه على أنه لو حلف لم يره حانثًا.

مسألة: قال عبد الملك قال لى مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ: ولو بدر الحالف للوالى الظالم فحلف له مسلمًا بهـا من غير أن يستخلفه؛ يريد أن يذهب عمن خاف عليه فى بدنه أو ماله فهى تلزمه.

مسألة: قال: وسألت ابن الماجشون عن رجل أخذه ظالم فحلف له بطلاق امرأته البتة، خوفًا من قتله أو ضربه أو أخذ ماله من غير أن يستحلفه الظالم فصدقه وتركه وهو كاذب فى يمينه، فقال: إن كان تبرع بيمينه رجاء أن ينجيه من ظلمه فقد دخل فى الإكراه، ولا أرى عليه شيئًا، وإن كان لم يحلف على رجاء النجاة بيمينه فأراه حانثًا.

فرع: قال مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ: ولو حلف الناس عند خروجهم على ما معهم من ناضهم ليأخذوا منه الزكاة فيما يزعمون، وذلك فى غير إبان ولا أوان، ولعل الرجل قد أداها قبل ذلك بيسير فى وقتها فيستحلف الرجل أدى ما معه، أو يكون قد دس ماله مع غيره فيحلف أنه لم يغيب عنه من ماله شيئًا. فإن كان إن لم يحلف رده ولم يجزه فقط فاليمين تلزمه، وإن كان ضرورة يريد الحج، فإن شاء فليحلف على الصدق وإن شاء فليرجع، إلا أن يخشى إن لم يحلف العقوبة منهم فذلك يدرأ عنهم حنث اليمين، قال عبد الملك: وبه أقول.

مسألة: وإذا استخفى الرجل عند الرجل من السلطان الجائر الذى يريد دمه أو ماله أو عقوبته فى بدنه، فسأله السلطان عنه فيستر عليه وجحد أن يكون عنده، فقال له: احلف أنه ليس عندك، فيحلف له أنه ليس عندى، ليدفع عن نفسه ودمه أو ما دون ذلك من ماله فلا شىء عليه إن كان خائفًا على نفسه إن لم يحلف وإن كان آمنًا على نفسه وإنما أراد أن يقيه بيمينه، فقد أجر فيما فعل ولزمه الحنث فيما حلف به، وكذلك فعل مالك فى هذا بعينه.

*****

الفصل السادس

فى أدب من وجد مع امرأة أو صبى أو وجد معه رائحة نبيذ

مسألة: وفى «البيان»: وإذا شهد رجلان أنهما رأيا رجلا وامرأة تحت لحاف، أو شهدا أنهما رأيا رجليهـا على عنقه أو شيئًا هو أدنى من رؤية المردود فى المكحلة، عوقب الرجل والمرأة ولم يكن على الشهيدين شىءلأنهما لم يقذفا.

مسألة: وسئل عن الرجل يوجد مـع المرأة فى بيت واحد وهما متهـمان، قال: يضربان ضربًا جيدًا وجيعًا، قيل: بثيابهما قال: لا بل على مايضرب المحدود.

مسألة: قال مالك: كانت لنا امـرأة بالمدينة لها زوج، فكان يدخل عليها فى كل يوم ومعـه صبى فيـرقى به إلى السطح، فقـالت له امرأته: ما شـأن هذا الصبى؟ فقـال: إنه ابن لصـديق لى أتحدث مـعه، ثم إنه جـاء به فذهبت لتنظر مـا يصنع فوجدته على الصبى، فذهبت به إلى الأمير وأعلمته، فاستشار فقهاء المدينة فكلهم قال: نرى عليها الحد بما رمته به، ولا نرى عليه شـيئًا، واستشار مالكًا وبعث إليه بالمرأة فأخـبرته بالخبر، فـأشار عليه مالك أن يخلى سـبيلها، وأن يضـرب زوجها خمسة وسبعين سوطًا ففعل به ذلك، قال أصبغ: هو الحق والصواب - إن شاء الله تعالى- قال أصـبغ: ولا أظن ضربه مالك إلا لأمر أقر به على نفـسه، وإنما سقط عنها الحد للغيرة وهى شبه الجنون، ولو كان غير زوجته كان عليها الحد.

وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حـبيب: وحدثنى صعصعة عن الأوزاعى عن ابن شهاب: أن عمر - رضى الله عنه- ضـرب رجلا دون المائة وجد مع امرأة بعد العتمة، فقال الأوزاعى، وقال مكحول: ضربه مائة.

مسألة: قال ابن حبـيب: وأخبرنى مطرف أنه سمع مـالكًا يقول: من وجد به رائحة نبيـذ لايدرى أمسكر أو غيره، أو وجد على مشـتريه ولم يسكر ولم يدر ما كان نبيذهم وما أشبه هذا من اللطخ البين، فإنه إن كان معتادًا لذلك ضرب سبعين أو خمسًا وسبـعين، وإن لم يكن معتادًا فخمسين سـواء كان عبدًا أو حرًا، إلا أن

الحدود إذا وقعت انتهى فيها إلى ما أمر الله تعالى به، وإذا لم تقع الحدود بأعيانها وجاءت التهم لزم الإمام أن يبالغ فى العقوبة، ولو كان الأدب فى مثل هذا إنما يؤخذ على قدر الحدود، ولفشا ذلك ظهر حتى يستخف به أهل الفسق، قال مالك: وهو الذى رأيت الناس يعملون به.

فرع: قال مطرف: ومن ذلك النصرانى يوجد يزنى بالمسلمة فلا يقتصر به على ضرب مائة، قال: بل يضاعف له العذاب.

فرع: ومن ذلك أن يوجد الرجل سكرانًا فى شهر رمضان نهارًا، يضرب الحد ثم يضرب عقوبةً الخمسين ونحوها، وقد أتى على - رضى الله تعالى عنه- بالنجاشى الشاعر وقد شرب فى رمضان، فضربه الحد ثم ضربه عشرين أو بضع عشرة، وقال: هذا لاجترائك على الله عز وجل فى شهر رمضان، وقد جاء أنه ضربه الحد ثم سجنه ثم أخرجه من الغد فضربه عشرين، وقال: هذه العشرون لجراءتك على الله تعالى وفطرك فى رمضان.

مسألة: قال ابن حبيب قال مطرف: ولقد أتى هشام بن عبد الملك وهو قاضى المدينة برجل خبيث معروف باتباع الصبيان، قد لصق بغلام فى ازدحام الناس حتى أفضى، فبعث به هشام إلى مالك وقال: أترى أن أقتله؟ فقال مالك: أما القتل فلا، ولكننى أرى أن تعاقبه عقوبة موجعة، فأمر به هشام فجلد أربعمائة سوط وألقاه فى السجن، فما لبث أن مات فذكر ذلك لمالك فما استنكره.

مسألة: قال مطرف: وكان مالك يرى إذا أخذ السكران فى الأسواق والجماعات، قد سكر وتسلط بسكره وآذى الناس أو روعهم بسيف شهرة أو حجارة رماها وإن لم يضرب أحدا، أن تعظم عقوبته يضرب حد السكر ثم يضرب الخمسين وأكثر منها على قدر جرمه، قال فضل بن سلمة: وقد حكى عن مطرف عن مالك فى «واضحته» أنه يضرب الخمسين والمائة والمائتين ونحو ذلك، ويكون الحد منهما وفيهما، قال فضل: وحكى أبو زيد بن إبراهيم عن أصبغ مثله، إذا كان مثله يحمل ذلك فى فوره، وزاد عن مطرف أنه إذا فعله قبل ذلك فأدبه أشد من الذى لم يفعله إلا مرة.

فرع: وذكر عن مطرف أن مالكا كان يقول فى هؤلاء الذين عرفوا بالفساد والجرائم: أن الضرب على ما ينكلهم، ولكن أرى أن يحبسهم السلطان فى السجون ويثقلهم بالحديد ولا يخرجهم منه أبدا، فذلك خير لهم ولأهليهم وللمسلمين حتى تظهر توبة أحدهم وتثبت عند السلطان فيطلقه.

فرع: قال مطرف عن أصبغ: أرى أن أقصى الأدب المائتان فى الفساد البين المارق المعلوم.

مسألة: قال مطرف: وكان مالك - رضى الله عنه- يرى فيمن أسر الجارية أو الغلام من الدار والناس ينظرون حتى يغيب عليها أو عليه، فلا يدرى ما فعل أن يضرب الثلاثمائة والأربعمائة بكرًا كانت أو ثيبًا، وكان الحكام يحكمون بذلك عندنا بمشورة مالك- رحمه الله تعالى.

مسألة: قال مطرف: ومن أمر الناس عندنا الشهرة لأهل الفسق رجالاً كانوا أو نساء، والإعلان بجلدهم فى الحدود، وما يلزمهم من العقوبة وكشف وجه المرأة عند ذلك ونزع ما كان عليها من الثياب التى تلبسها لتتقى الضرب، إلا أنه يترك عليها ما يواريها ولا يصفها ولا يحجبها من الضرب، وتشد فى مكتل إذا ضربت لئلا تبدو عورتها، وكذلك يشهر الرجل بلا مثلة ولا حدث مشهور.

مسألة: وكان أبو بكر البحترى وهو أمير المدينة إذا أتى برجل قد أخذ معه الجرة من المسكر، أمر به فصب على رأسه عند بابه كيما يعرف بذلك ويشهر به.

مسألة: وإذا وجد من رجل رائحة وأشكل أن تكون رائحة مسكر أو غير مسكر، نظر الإمام فى حال الرجل، فإن كان لا بأس بحاله خلى عنه، فقد يجوز للصالح شرب حلو النبيذ الذي لا يسكر وربما وجدت له رائحة وإن كان من أهل الإسفاه والظنون فليطلب اختبار صحته بأن يستقرئه ما لا يخطئ مثله أن يكون قارئًا مما يُصَلّى به من قصار المفصل وما أشبه ذلك، فإذا اعتدلت قراءته خلى عنه، وإن لم يقرأ ما يُعلم أنه يقرؤه ولتأت فى قراءته تبين أنه شرب مسكر وصارت حاله فى ذلك شاهدة عليه، فعليه الحد وإن لم يتحقق ذلك من أمره، إلا أن التهمة قائمة عليه، ضربه ضربًا دون الحد عقوبة له بالتهمة، فى وقوع الظنة عليه إذا كان من أهلها فى حاله أيضًا.

وهكذا سمعت ابن الماجشون وغيره من أهل العلم يستحسنون هذا عند الإشكال من أمـر الشارب، وأمـا إذا خفت الشـهادة عليـه بأنه شرب مـسكرًا وشهـد على الرائحة أنهـا رائحة مسكر، فإن الحد يقـام عليه بذلك وإن لم يتغيـر، ولم يختلط عقله ولايستقر أو لا يستبـرز بشيء، وفى «البيان» وسألته عن الاستنكاه هل العمل به؟ قـال: نعم؟ وذلك رأس الفقـه. قال أصـبغ: وهو رأى فـيمن اسـتنكر سكره واستنكر اختـلاطه، وقد حضرت العمـرى القاضى بالاستنكاه فى مجلسـه بمحضر جماعة من أهل العلم، فيهم ابن وهب فـختله المستنكه بالكلام والسؤال والمراجعة والمفاوهة، ثم أدخل شق أنفه فى شدقه وشمه ثم قطع عليه أنها خمر، قال أصبغ: وأحب إلى أن يكون اثنين كالشهادة، فـإن لم يكن إلا واحد أمضى عليه الحد، إذا كان الإمام هو الذى أمره باستنكاهه حين استرابه، ووكله به فإن كان إنما هو شاهد يؤدى علمه بالاستنكاه فلابد من اثنين.

مسألة: قال مطرف: وسمـعت مالكًا يقول: وسئل عن الرجـل يوجد مع القوم عند الشـراب ولم يشرب، ولم يوجـد منه رائحـة ولعله يقول إنى صـائم، فقـال مالك: ما للصائم يدخل فى مثل هذا فأرى أن يعاقب بحضرة ذلك.

مسألة: قال فضل بن سلمة: قـال أبو زيد قال مطرف: كان مالك - رضى الله تعالى- عنه يأمر السلطان إذا أتى بالرجل وبه الرائحة من الشراب. ولم يثبت عليه أنه سكران وكان قـد حد فى ذلك، أن يضرب أدبًا خمـسة وسبعين سـوطا، وقال أصبغ: لا أرى به بأسا إذا كان سفيهًا.

مسـألة: قال مطرف: وكـان مالك - رضى الله تعالـى- عنه قد حدد فـيمن لم يوجد فى شراب قـط إذا وجدت منه رائحة شراب أن يضرب خـمسين جلدة أدبًا، كان من الأحرار أو من العبيد اجتهادًا لتغيير المنكر، وقال أصبغ: قوله هذا فى الحر خمسين حسن إذا أشكلت الرائحة وأشبـهت الخمور وأما العبد فلا أرى أن يبلغ به هذا فى الرائحـة، لأن حده فى ثبوت الخـمر دون ذلك إلا أن يكون مـعلنا بذلك سكيرًا معروفًا.

*****

الفصل السابع

فى حكم الذى يجد مع امرأته رجلا أو فى بيته سارقا فيقتلهما

وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: وسمعت ابن الماجشون يقول: وسئل عن رجل وجد عبيد زوجته فقاتله فكسر رجله أو جرحه، هل عليه قصاص؟ فقال: لا، وهو جبار لا شيء عليه فيما دون النفس، فإن قتله كان عليه القود إلا أن يكون معه شهود على دخول الفرج فى الفرج فلا يكون عليه قود، وإنما عليه الأدب من السلطان لافتياته عليه بتعجيل قتله.

قال الباجي فى «المنتقى»: وعند ابن القاسم هذا جبار فى الثيب والبكر إذا جاء بأربعة شهداء بأنه وطئها، فإنه لا يقتص منه ولا يقتل بقتل الثيب والبكر مع قيام البينة، وذلك أنه من حل به مثل هذا يخرج من عقله ولايكاد يملك نفسه والحائر أحق أن يحمل عليه.

وإذا قلنا، لايقتل بالبكر فقد قال ابن القاسم فى «المدونة»: عليه الدية فى البكر، وقاله ابن كنانة، وقال ابن عبدالحكم: لا شيء عليه، وإن كان بكرًا إذا كان قد أكثر التشكى منه، وقال عن ابن القاسم: ديته هدر فى الثيب والبكر، وقد أهدر عمر بن الخطاب - رضى الله عنه- غيرما دم فى مثل هذا التعدى، وقيل: يؤدب كما يؤدب من قتل من وجب عليه القتل دون الإمام فى الثيب، ويقتل فى البكر.

مسألة: قال أصبغ فى السارق يدخل حريم الرجل فيسرق بعض متاعه فيشعر به، فيخرج فى إثره حتى إذا أرهقه تحول إليه السارق فدافعه عن نفسه، وامتنع منه وقاتله ابتغاء النجاة منه بسيف أو سكين أو عصا أو غير ذلك، فيقتله الرجل فى متاعه ذلك حين لم يجد إلى أخذه سبيلاً: فإن دمه هدر ولا شيء على قاتله من قود ولا دية إن كان معه المتاع الذى سرق، وإن لم يكن معه متاع وإنما أراد النجاة بنفسه فعليه الدية، إذا كان قتله إياه بموضعه الذى فيه سرق وما أشبهه.

وأما لو كان قد تباعد منه بهربه ولحق بالصحراء، ولا متاع معه فاتبعه معه حتى أدركه فواقعه السـارق أو لم يواقعه السارق فقتله، فعليه القـود لأنه قتله على غير متاع كان له معه، أراد استنقاذه منه ولا لخوف مـن عدائه عليه ولو كان معه متاعه كان دمه هدرًا.

قال: ولو أسره وظفر به ثم بدا له فقتله فعليـه القود كان معه متاع أو لم يكن، قال: ولو كان حين ولى السارق هاربًا عنه رماه ليوهنه برميه فيدركه فأصابت الرمية نفسه فقتله فدمه هدر وإن لم يواقعه، سـواء كان المتاع معه أو لم يكن، ففيه الدية إن كان بموضعـه أو فى الدرب، وإن كان قد بعد ولحق بالصحراء أو مـا أشبه ذلك ففيه القود.

*****

الفصل الثامن

فى الكشف عن الفاسق واللص والبحث عنه

وفى «مفيد الحكام» قال عيسى: فى الحاكم يرفع إليه بأن فى بيت فلان خمرًا إن أخبره بذلك واحد أو من لايجوز شهادته، فليكف عن ذلك ولايهتك بهذا ستر مسلم، وإن شهد شهود على البت كشف عن ذلك فأراقها وضربه ضربًا دون الحد، وإن قالوا للحاكم بلغنا ذلك، فإن لم يكن مشهورًا بالشر. وله حرمة ويعلمه بما قيل عنه ويحذره أن يبلغه عنه مثل ذلك، وإن كان متهما كشف عنه، فإن وجد ذلك كما قيل أدبه، وإن لم يوجد كذلك زجره وتوعده.

قال ابن حبيب: وسمعت مطرفًا وأصبغ يقولان فى السلطان يرفع إليه أن فى بيت فلان خمرا، إن كان مأثورًا بذلك أو بيتًا مشهورًا بالخمر والسفه، فيرى السلطان أن يتعاهده الكشف عن بيته ذكر له عن شىء أو لم يذكر، وإن رأى أن ينقل عن مكانه ذلك ويشرد به فعل كان ذلك المنزل له أو لم يكن، فإن كان له إكراه عليه، وإن لم يكن له أخرجه منه، قال: وإن كان البيت غير مأثور بذلك ولا مشار إليه بمثل هذا فلا أرى أن يكشفه وإن شهدوا على البيت.

مسألة: وعن مالك: فى الشرطى يأتيه رجل يدعوه إلى ناس فى بيت على شراب، فقال: إن كان بيتًا لا يعلم ذلك منه فلا يتبعه، وإن كان معلومًا بذلك وقد تقدم فيه فليتبعه، وفى «مختصر الواضحة» قال ابن حبيب: وحدثنى الخزامى والمدينى عن سفيان عن أيوب السختيانى عن عكرمة: أن ابن عباس - رضى الله تعالى عنهما- أخذ سارقا فأرسله، وقال: أستره لعل الله يستر على وحدثاني عن سفيان عن أيوب عن عكرمة أن عمار بن ياسر فعل مثل ذلك، وقيل لابن مسعود هل لك فى الوليد بن عتبة يعصر بجنته خمرًا؟ فقال: إن الله نهى أن نتجسس، ولكن إن يظهر إلينا فعلينا أن نأخذه.

فرع: قال ابن وهب عن مالك - رضى الله تعالى عنه - فى الجار يظهر شرب الخمر وغيره أنه ينهى، فإن انتهى وإلا رفع أمره إلى الإمام.

فرع: قال ابن وهب: الستر واجب إلا على الإمام والوالى وأحد الشهود الأربعة فى الزنا.

فرع: قال ابن حبيب: وسمعت ابن الماجشون يقول فى اللصوص وقطاع الطرق: أرى أن يطلبوا فى مظانهم ويعان عليهم حتى يقتلوا أو ينفقوا من الأرض بالهرب.

تنبيه: وهل للقاضى أن يتعاطى هذا الكشف فظاهر كلامهم أن ذلك للوالى والشرطى دون القاضى، وذكر القرافى أن للمحتسب أن يفعل ذلك، لأن قاعدة ولايته الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر.

*****

الفصل التاسع
فى المسائل السياسية والزواجر الشرعية
الواقعة فى أبواب الفقه

فمن ذلك ما وقع فى باب الطهارة

مسألة: قال القاضى أبو بكر بن العربى: تارك الطهارة يقتل، لأن الصلاة لا تتم إلا بها، قال: وعندى أنه يوضأ مكرها، فقد قيل: إن الوضوء يصح بغير نية.

مسألة: من نكس وضوءه عامدا، ففى بطلان وضوئه قولان: وراعى فى القول بالبطلان أن ذلك عقوبة له لئلا يعود؛ قاله ابن راشد عن بعضهم، قال: وفيه نظر لأن العقوبة بإبطال الأعمال لم ترد وفى النفس منه شىء.

مسألة: العاصى بسفره كقاطع الطريق والآبق والعاق لوالديه بالسفر أو المخالف لشيخه الذى فوض إليه أموره على ما ذكره بعضهم لايجوز لأحد منهم التيمم على الأصح، لأن ما كان معصية لايجعل سببًا فى الرخص فيجب عليه الرجوع لما يجب عليه، فإذا عزم على التوبة جاز له ذلك.

مسألة: وكذلك لايجوز المسح على الخفين للعاصى بسفره ومما وقع فى باب الصلاة.

مسألة: جاحد الصلاة كافر باتفاق، قال فى «الموازية»: وكذلك لو قال: ركوعها وسجودها سنة غير واجب، وهل يستتاب ثلاثا أم لا؟ روايتان: وإذا لم يتب بعد ثلاثة أيام قتل كفرًا، وحكمه حكم جاحدها والمعترف بوجوبها الممتنع من فعلها، إما أن يمتنع قولا أو فعلا فيقول: لا أصلى، ويصدق قوله فعله، وإما أن يقول أنا أصلى ولكنه يكذب ولا يفعل، فالأول يقتل حدًا لا كفرًا، وقال ابن حبيب: يقتل على أنه كافر، وإذا قلنا إنه يقتل حدا فيورث ويدفن فى مقابر المسلمين، وتبقى زوجته فى حكم العصمة، وعلى قول ابن حبيب لايورث ولا يغسل ولا يصلى عليه ولا يدفن فى مقابر المسلمين، ويحكم بفسخ نكاحه من زوجته.

فصل

فى كيفية عقوبته

قال ابن راشد: والظاهر أنه يقتل بالسيف لأنه المتعارف، وقال الزناتى: من امتنع من الصلاة مع إقراره بها فإنه يقتل، ولكن لايعالج بضرب الرقبة فى ساعة واحدة كما يفعل بغيره ممن استوجب القتل، بل يشار عليه بالسيف وينخس به ويدمى مرة لعله يرتدع عند معاينة القتل وأسبابه، وقال غيره: وينخس بالسيف حتى يصلى أو يموت: وفى «التفريع» لابن الجلاب: إن امتنع هدد وضرب، فإن امتنع قتل فيبدأ بالتهديد لعله يرجع ثم بالضرب ثم بالقتل، والوقت الذى يفعل به ذلك فيه خلاف مذكور فى محله، وفى «مختصر الوقار»: أنه يضرب حتى يموت تحت السوط لعله إذا أوجعته السياط يتوب وهو أعدل من القول بضرب عنقه، قال: وهذا حكم تارك الغسل من الجنابة.

وأما الثانى: وهو من يقول أنا أصلى ولم يفعل ففى قتله قولان، ومن يقول بعدم القتل قال: يبالغ فى عقوبته، ونقله اللخمى عن ابن حبيب، وهذا القول لا وجه له ولا فرق بين أن يقول أنا أصلى ولا يفعل، أو يقول لا أصلى لأن الصلاة عدمت فى الوجهين والاعتبار بالفعل لا بالقول.

مسألة: وإذا خاف قاطع الطريق من الإمام لم يجز له أن يصلى صلاة الخوف، لأن سبب خوفهم المعصية التى تلبسوا بها فيجب عليهم الإقلاع عنها.

مسألة: العاصى بسفره ممن تقدم ذكرهم لا يشرع له القصر، ولايكون سفره مبيحًا لقصر الصلاة على المشهور، والخلاف أيضًا يجرى فى السفر المكروه كالسفر لصيد اللهو.

مسألة: ويلتحق بذلك أن العاصى بسفره لايرخص له فى أكل الميتة عند الضرورة إليها زجرًا له، ليقلع عما هو متلبس به من المعصية من قطع الطريق أو أخذ المكس أو الإباق أو العقوق، وفى جواز أكله الميتة وامتناعه منها حتى يموت جوعًا خلاف كثير، وشهر بعضهم جواز الإقدام على الأكل، قال ابن الفرس وابن عبد البر: وهو الصحيح.

مسألة فى الوتر

قال أصبغ: من أدام ترك الوتر أدب على ذلك، وقال سحنون: تسقط شهادته.

مسألة فى الإمامة

ولايصلى الإمام على أرفع ما عليه أصحابه مثل: الدكة تكون فى المحراب، لأن الإمامة حالة تقتضى الترفع فإذا انضاف إلى ذلك علوه عليهم فى المكان دل على قصده الكبر، وفعل الإمام ذلك للكبر حرام بلا خلاف مبطل للصلاة.

مسألة: ولا يصلى خلف أهل البدع ردعًا لهم وقيل: لفساد عقيدتهم.

مسألة فى الجنائز

ولا تشهد جنائز أهل البدع ردعًا لهم.

مسألة فى صلاة الجمعة

قال ابن جلاب: ومن فاتته الجمعة فلا يصلى فى جماعة إلا أن يكون له عذر فى التأخير عنها، قال الشارمساحى: ووجهه أن يحرم من تخلف عنها لغير عذر أجر الجماعة حتى ينتهى عن ذلك.

مسألة: ولا يتنقل أحد عقب الجمعة سدا للذريعة، لئلا يتطرق أهل البدع إلى صلاة الجمعة أربعًا.

مسألة: إذا كان للمسجد إمام راتب فى بعض الصلاة، فلا تجوز الجماعة لغيره فى تلك الصلاة، قال ابن بشير: ولا خلاف فى منع ذلك، واختلف فى علة المنع هل هو حماية من تطرق أهل البدع أو حماية من الأذى للأئمة؟ وفائدة ذلك إذن الأئمة، هل يبيح ذلك أم لا؟ فعلى الأولى: لايجوز، وعلى الثانى: يجوز.

فصل: ومما وقع فى باب الزكاة

مسألة: من جحد وجوب الزكاة فهو كافر باتفاق، وأما من أقر بها ولم يخرجها فقال ابن حبيب يقتل تاركها، وعلى أصله يقتل كفرًا، وفرق بعض أصحابنا بين الصلاة والزكاة، بأن الزكاة تدخلها النيابة وهى حق للآدميين، يتوصل إلى صرفها إليهم بأن يبيع الإمام عليه ماله ويأخذها منه جبرًا، بخلاف الصلاة فإنها لا تدخلها النيابة.

مسألة: الهارب بماشيته عن الساعى إذا هرب بها وهى ألف شاة، ثم ظفر به فى السنة الخامسة وهى أربعون، وقال: لم تزل على ذلك من حين هربت، ومن حين هربت كان هلاكها لم يقبل قوله، وزكيت على ما كان عليه حين هرب إلا فى العام الذى ظفر به فيه وهى أربعون، فيزكى عنه بشاة واحدة لأنه متهم فى قوله هلكت من حيث هربت، فلا يصدق والظالم أحق أن يحمل عليه.

مسألة: ولو هرب وهى أربعون ثم وجدها فى العام الخامس ألف شاة وقال: أفسدت للزائد على الأربعين فى هذا العام، قبل قوله عند ابن القاسم ولم يقبل عند ابن حبيب إذ لم يعرف ذلك إلا بقوله، ويؤخذ عن العام الذى هرب فيه شاة عن الأربعين، ويؤخذ منه لكل عام عشر عشر عقوبةً له وزجرًا لأنه متهم متعد بهروبه.

مسألة: إذا امتنع من إخراج الزكاة وهو مقدور عليه، وفرعنا على القول بأنه يؤخذ منه كرهًا، فإنها تؤخذ مما يظهر له من الأموال كالنخل والزرع والماشية، وأما ما يخفى فإن علم به وعلم أنه لا يؤدى زكاته أخذت منه أيضًا، وإذا ظهر الفقد واطلع منه على خلاف ذلك ولم يعلم مقدار الواجب عليه، ولم يوجد ماله عوقب أو حبس حتى يؤدى ما عليه، فإن ظهر له مال وادعى أن عليه الدين أو ادعى الرق عمل على ما يظهر من صدقه أو كذبه، فإن أشكل أمره لم تؤخذ منه وفى تحليفه قولان.

مسألة: ومسائل الخلطة فى الجمع والتفريق الناقصين من الزكاة، وتحليفهم إذا أشكل أمرهم يطول ذكرها.

فصل
ومما وقع فى باب الصيام

مسألة: حكم الصيام كالصلاة فى الجحد وترك القتل.

مسألة: لايترخص بالفطر من سافر فى شهر رمضان سفر معصية.

مسألة: من رأى هلال شوال وحده نوى الفطر ولم يفطر ظاهرًا ولا خفية، وإن أمن الظهور عليه على المشهور سدًا للذريعة وهذا إذا كان فى الحضر، فإن اطلع

على فطره لم يكن ذكر ذلك لغيره، وكان غير مأمون عوقب وإن ذكره أو كان مأمونًا لم يعاقب، وعنف وغلظ عليه فى التعنيف.

مسألة: وإذا أكره زوجته على الجماع ألزم بأن يكفر عنها، وإن وطئ أمته كفر عنها ولو كانت مطاوعة له لأن طوعها لايعتبر وهى معه كالمكرهة.

مسألة: ولو أكره الرجل على الجماع وجبت الكفارة على من أكرهه وفيه خلاف.

مسألة: وإذا وطئ العبد من تلزمه الكفارة عنها فهى جناية فى رقبته، فإن أسلمه سيده وإلا فداه بالأقل من ذلك أو قيمته.

مسألة: وتجب العقوبة على من ظهر عليه بالفطر من شهر رمضان متعمدًا، فإن جاء تائبًا مستفتيًا ففى عقوبته قولان والظاهر نفيها.

مسألة فى الاعتكاف: إذا وطئ المعتكف أدب.

مسألة: ولاينبغى للقاضى أن يخرج معتكفًا من معتكفه، لما يطلب منه من دين أو حد حتى يتم اعتكافه، إلا أن يتبين له أنه إنما اعتكف لددا وفرارًا من الحق فيرى فيه رأيه.

فصل

ومما وقع فى باب الحج

مسألة: من جحد وجوبه كفر، وأما من تركه فإنه لا يقتل لأن الأدلة الدالة على التراخى قوية.

مسألة: ولا تقبل شهادة من تركه لغير عذر استخفافا، وسحنون يقول: إنه إذا أخره السنين الكثيرة لغير عذر نحو العشرين إلى ستين، فإنها جرحة ترد شهادته.

مسألة: وفى «البيان»: وإذا زنى البكر فلم يوجد إلا بمكة وهو محرم حاج فإنه يقام عليه الحد، وينفى ولا يترك حتى يكمل الحج، لأن التغريب من تمام الحد، ولعله أحرم فرارا من السجن؛ انظرها فى «باب القذف» من «البيان»، وانظر تمامها وحكم حجه.

مسألة: إذا أكره زوجته وهى محرمة فوطئها، لزمه أن يحججها وأن يكفر عنها وذلك بسبب تعديه عليها، وإذا قضى تلك الحجة هو وزوجته، فارقها من حين الإحرام إلى حين التحلل خوف مواقعة الفعل ثانية.

مسألة: وإذا هلك هدى التطوع قبل محله فليتصدق به ولا يأكل منه، لأنه يتهم أن يكون أعطيه ليأكل منه، فإن أكل منه أبدله لقوة التهمة.

مسألة: ومن ذلك ما جاء فى جزاء الصيد فى الإحرام، وقال تعالى فيه: ﴿لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ﴾ [المائدة: ٩٥].

مسألة من الصيد

ومن صاد حمامة من حمام مكة أو من حمام الحرم، فعليه شاة يخرجها بغير حكمين وليس فيها صدقة ولا تخيير، لأن الشاة فيها من باب التغليظ عليه.

مسألة: ومن ترك التسمية عند الإرسال عامدا متهاونا، لم يجز له أكل ذلك الصيد تغليظا عليه فى ترك اسم الله تعالى.

مسألة: لو رمى صيدا فمر به إنسان وأمكنته ذكاته فلم يفعل، ثم جاء صاحبه فوجده قد مات لم يؤكل على المنصوص ويضمنه المار لأنه فوته على صاحبه، وقيل: لا يضمن بناء على أن الترك كالفعل أو لا؟

مسألة من الذبائح

من ترك التسمية فى الذبح عامدا متهاونا لم تؤكل ذبيحته، وإن كان غير متهاون فكذلك على المشهور.

مسألة من الأطعمة

إذا نزلت برجل مخمصة ووجد طعاما مع رجل فساومه فيه فلم يبعه منه، واستطعمه فلم يطعمه، فإنه يجوز له قتاله، فإن مات رب الطعام فدمه هدر، وإن مات الجائع وجب القصاص، وإن أخذه منه قهرا فعليه قيمته.

مسألة من الأيمان

وسئل مالك عمن حلف بطلاق امرأته ليجلدنها خمسين سوطا، قال: لو استشارنى السلطان لأمرته أن يمنعه من ضربها، ولأمرته أن يطلقها ولا يمكن من جلدها، وكذلك لو حلف بالطلاق ليضربنها مثل الثلاثين، طلقت عليه إذا كان بغير شىء تستوجبه، ويمكن من ذلك فى مثل العشرة، ولو لم يصل ذلك إلى السلطان حتى ضربها، عوقب بالضرب والزجر ولم تطلق عليه إلا أن يكون بها من الضرب آثار قبيحة، أو أمر يشهر مثلها من الحرائر، فتطلق للضرر إذا تبين ذلك وطلبت هى الفراق، وكذلك لو حلف بحرية عبده ليضربنه ضربا كثيرا دون شىء أذنبه، لم يمكن من ذلك وقيل: يمكن وهو بعيد؛ انظر «البيان» و«مختصر الواضحة».

مسألة من الجهاد

لا يقتل مستأمن إلا أن يكون جاسوسا فيقتل.

مسألة: وقال سحنون: فى المسلم يكتب لأهل الحرب بأخبارنا، يقتل ولا يستتاب ولا دية لورثته كالمحارب، وقيل: يجلد نكالا ويطال سجنه وينفى من الموضع الذى كان فيه، وقيل: يقتل إلا أن يتوب، وقيل: إلا أن يعذر بجهل، وقيل: يقتل إن كان معتادا لذلك وإن كانت فلتة ضرب ونكل.

مسألة: إذا خرجت سرية من الجيش بغير إذن الإمام، فقال عبد الملك: يؤدبهم الإمام ويحرمهم مما غنموه، وقال سحنون: إلا أن يكونوا جماعة لا يخاف عليهم فلا يحرمهم مما غنموه؛ يريد وقد أخطئوا.

مسألة: ويقاتل العدو بكل نوع وبالنار إن لم يكن غيرها وخيف منهم، فإن لم يخف فقولان.

مسألة: لم يختلف فى رمى مراكبهم بالمنجنيق وكذلك حصونهم، وإن كان فيهم مسلمون وحكم تترسهم بالمسلمين، وقطع أشجارهم وإتلاف ما عجزوا عنه من أموالهم، وما يوجبه عقد الذمة عليهم وكثير من المسائل السياسية.

فصل
فيما وقع فى باب النكاح وتوابعه

مسألة: إذا دخل الرجل بزوجته قبل الإشهاد على النكاح فسخ النكاح بطلقة بائنة. وقال ابن حبيب: يحد إن ثبت الوطء عالمين كانا أو جاهلين ما لم يكن أمرهما فاشيا، قال ابن حبيب: ولم أجد من يقول ذلك، وفى «الطرر» لابن عات: إذا أقرا بالنكاح ولم يقم على أصله بينة وهما غير طارئين، فإن لم يطل كونه معها ولم يشتهر فوجودها معه ريبه، توجب عليهما الأدب أو الحد، إن تقاررا على الوطء، وكذلك إن لم يعلم منهما إقرار بالنكاح لأن كونها فى بيته وتحت حجابه، كالإقرار منهما بالنكاح أو أقوى، وشهادة الولى لها بالنكاح لا تفيد لأنه يتهم أن يريد الستر على وليته.

مسألة: ونكاح السر باطل ويعاقب الزوجان والشهود بما كتموا، وقال ابن يونس: لا يعاقب الشاهدان إذا جهلا، وتفسير نكاح السر مشهور فى محله.

مسألة: قال أصبغ فى الذى ينكح نكاح المتعة، أو نكاح المرأة على عمتها أو خالتها وشبه ذلك، أو ينكح المرأة فى عدتها عامدا عالما بالتحريم، أو جاهلا لا حد عليه وفيه العقوبة الموجعة، والعالم بالتحريم أشد عقوبة من الجاهل وأعظم.

مسألة: وإذا تكررت شكوى المرأة وذكرت إضرار زوجها بها، ورفعت ذلك إلى الحاكم وعجزت عن إثبات ما تدعيه، فإن الحاكم يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين، ويكلفهم تفقد خبرها واستعلام ضررها فإن كانت ساكنة معه فى مثل هؤلاء القوم لم يلزمه نقلها إلى غيرهم، يعنى وكلفهم تفقد حالها، فإن ظهر لهم أنه الظالم، رفعوا ذلك إليه فزجره الحاكم وأدبه وسجنه وعاقبه بما يراه، فإن عمى على الحاكم خبرهما وطال تكررها ولم يعلم الظالم منهما، لم يسعه أن ينظر فى أمرهما بغير الحكمين، ومسألة الحكمين مشهورة.

مسألة: ومن باع زوجته، فقال مالك فى «المبسوط»: ينكل نكالا شديدا وتطلق عليه بواحدة، وليس له أن يرتجعها ولا يتزوجها ولا غيرها حتى تعرف توبته وصلاحه، مخافة إن راجعها أو تزوج غيرها أن يبيعها، وفى المسألة تفصيل بين أن

يبيعها هازلا أو جادا وحكم حدها إن أقرت بوطء المشترى لها أو ادعت أنها مكرهة، ليس هذا محله.

مسألة: ومن نكح امرأته المطلقة لم يحد، عالما كان أو جاهلا لاختلاف الناس فى ذلك، وأما الذى ينكح امرأته المطلقة ثلاثا، فإن كان عالما حد لأنه لم يختلف فيه، وإن كان جاهلا لم يحد وهذا استحسان، والقياس فيه أن يحد ولا يعذر.

مسألة: وإذا كان أحد الزوجين عذيوطًا وهو الذى يكون منه الحدث عند الجماع، فإن للآخر أن يرده بهذا العيب، فإذا اختلف الزوجان ونفى كل واحد منهما ذلك عن نفسه، فقال أحمد بن نصر: يطعم أحدهما تينا والآخر فقوسا، فيعلم بذلك من هو صاحب العيب.

مسألة: وإذا فعل الزوج بزوجته ما يوجب القصاص لها منه وكان شريرا يخاف عليها منه إذا اقتصت منه، فإنها تطلق عليه.

مسألة: ويجب على زوجة المظاهر أن تمنعه من نفسها، فإن خشيت منه رفعت أمرها إلى الحاكم فيمنعه من ذلك ويؤدبه إن رأى ذلك.

مسألة: وفى «التهذيب»: من قال لزوجته أنت سائبة أو منى عتيقة، فليحلف على ما أراد بذلك إن كان طلاقا أو غير طلاق، فإذا حلف نكل عقوبة موجعة، وينكل من قال مثل هذا من أيمان اللبس، لأنه لبس على نفسه وعلى حكم المسلمين.

مسألة: إذا أشهد أنه قد خير زوجته ثم ذهب فوطئها قبل أن تعلم فلها الخيار إذا علمت، ويعاقب الزوج على فعله لوطئه قبل علم ما عندها، لأنه فرج الخيار فيه لغيره.

مسألة: وإذا كان الرتق من قبل الختان فإنه يبط عليها أحبت المرأة أو كرهت، إذا قال النساء إن ذلك لا يضرها.

مسألة: وإذا ناكرت المرأة الرجل فى وجود العيب فى فرجها، ففى المسألة خلاف مشهور، فقال ابن القاسم هى مصدقة ولا ينظر إليها النساء، قال ابن

الهندى: وعليها اليمين، وقال سحنون: وابن القاسم يقول: لا ينظر إليها النساء، وقد قال: إنها ترد به، فكيف يعرف إلا بنظرهن؟ وقد روى عن ابن زياد عن مالك: أن النساء ينظرن إليها، قال ابن لبابة: والنظر إليها هو الصواب وهو مذهب مالك، وهو رواية ابن وهب عن مالك، وصفة النظر إليها على قول سحنون: أن تجعل المرأة المرآة أمام فرجها وقد فتحت فخذيها، وتجلس امرأتان من خلفها ينظران فى المرأة ويقلن لها افتحيه بيدك، فإن نظرن فيه شيئا شهدن به؛ انظر «المتيطى».

مسألة: وكذلك إذا ادعى الزوج أنه وجد زوجته ثيبا وكذبته، فقيل القول قولها مع اليمين، وقيل: تكشف لتنظر النساء إليها، ولا حد على الزوج فيما رماها به لأنه لم يصرح بقذفها، والعذرة قد تزول بغير الجماع، فإن زعمت أنه فعل ذلك بها عرض على النساء، فإن شهدن أن الأمر قريب يمكن من فعله دينت وحلفت، وإن كان بعيدا فله ردها به، واختلف فى تحليف الزوج فقيل: شهادة النساء بالقدم ترفع عنه اليمين، وقيل: لابد أن يحلف.

مسألة: إذا ادعت المرأة أن زوجها حصور أو عنين أو مجبوب فقيل: يختبر بالجس على الثوب، وقيل: ينظر إليه كما ينظر إلى المرأة؛ قاله الباجى، وقال سحنون: القول قوله ولا يختبر، فإذا أثبت ذلك بإقراره أو انكشف عنه طلقها عليه الإمام، وقيل: لها إيقاع الطلاق دون أمر الإمام.

مسألة: فإذا ادعت عليه الاعتراض وأنكر فهو مصدق، واختلف هل عليه يمين أو لا؟ وروى عن مالك: أنه يدين فى الثيب وينظر النساء إلى البكر، وروى عنه الواقدى فى «مختصر ما ليس فى المختصر»: أنه لا يصدق فى الثيب وتجعل معها امرأة تنظر إذا غشيها الزوج، وأجاز قول امرأة واحدة، وقيل فى الثيب: أنه يطلى ذكره بالزعفران ثم يرسل عليها، فإذا فرغ نظر النساء إلى فرجها، فإن وجد فيه الزعفران بحيث لا يكون إلا بالمسيس قضى له عليها.

وفى «الإملاء» على «الجلاب»: قال ابن اللباد فى كلامه على «التهذيب»: إن المرأة تربط وتلقى على ظهرها، ويكتف هو من خلف ظهره ويطلق عليها، قال بعضهم: لئلا يوصل بيده إلى هناك، أو تمسحه هى عنه، قال صاحب «الإملاء»: وما قاله ابن اللباد فى البطح والربط والتكتيف لم يقله غيره، ولا هو مقتضى ما

فى المدونة، والمرأة لا تكتم ذلك إن فعله بهـا، بل تجعل الصفرة فى قـبلها ويرسل عليها، ثم ينظر إلى وجود الصفرة بذكره بحيث لا يكون إلا بالمخالطة أو بالجماع، وذلك مما لا يخفى أنه لا يقدر على الوصول إلى ذلك بأصبعه ثم ينقله إلى ذكره، المرأة تسكت على ذلك.

مسألة: وفى «مختصـر الواضحة» قال ابن حبيب: قال أصـبغ فى امرأة المعقود تدعى أنها لا تمكنه من نفسها، وأنه لا يقوى على مسـيسها، أو يقر المعقود بأنه لا يمس ويدعى أنهـا تدفعـه عن نفسهـا، ولولا ذلك لقوى على مـسيـسهـا، قال: أستحسن للسلطان أن تجعل فى القرب منهم إذا خلا بها امرأة أو نساء، فإن سمعن امتناعها فأمر بها فربطت له وشدت وزجرنها وأمرنها أن تلين له فى ذلك، قال ابن حبيب: وهو عندى حسن من الحكم فى مثله.

مسألة: قال ابن القاسم من أنكح ابنه بنت رجل والابن ساكت حتى فرغ الأب من النكاح وأنكره، وقـال: لم أمـره ولا أرضى بما صنع وصـمـتى لعلمى أنه لا يلزمنى حلف وكان القـول قوله، قال ابن أبى زيد: فإن نكل الابن عن اليـمين لم يلزمه شىء، وإنما كلف اليمـين رجاء أن يقر بصنيع أبيه فيؤخـذ بإقراره، فهذا من السياسة، وفى المسألة خلاف مشهور.

مسألة: إذا باع أمته من ظالم قـبل دخول زوجها بها، فـمنع الظالم زوجها من الدخول لم يلزمه صداق، ويرده السيد إن قبضه؛ انظر «الطرد» لابن عات.

مسـألة: إذا ادعت المرأة على زوجـها أنه طلقهـا فأنكر، فـأقامت عليـه شاهدا واحدا فطولب باليمين على تكذيبها فنكل عن اليمين، فإنه يسجن حتى يحلف أو يطول أمره، والطول سنة، وقيل: يحبس أبدا حتى يحلف أو يطلق.

مسألة: إذا طلق المريض زوجته ثم مات فإنها ترثه لأنه يتـهم أن قصده حرمانها من الميراث، فيعاقب بنقيض مقصوده.

مسألة: وإذا مثل الرجل بزوجته طلقت عليه، والمثلة مذكورة فى «باب العتق».

مسألة: ومن تعمد المقام عند إحدى زوجتيـه شهرا حيفًا لم يحاسب به، وزجر عن ذلك وابتدأ العدل فإن عاد نكل، وحيث ينكل تسقط شهادته وحيث لا فلا.

فصل

فى مسائل من البيوع

مسألة: إذا باع النصرانى خمرا من مسلم فإنها تهراق عليه، قال سحنون: وينزع الثمن من النصرانى إن قبضه، وقال ابن القاسم: إن قبضه لم ينزع منه.

مسألة: وإن كان البائع مسلما وباعها من نصرانى أريقت، فإن فاتت بيد النصرانى، فقال مالك: لا يؤخذ الثمن منه؛ يعنى من النصرانى، وقال أيضا: يؤخذ منه ويتصدق به، واستحبه ابن القاسم، وقال ابن المواز: لا يؤخذ منه، فإن أخذ المسلم الثمن رد على النصرانى وأغرم خمرا مثلها فتهراق، فإن باعها المسلم من مسلم أريقت ويرد الثمن للمبتاع، وإن فاتت تصدق بالثمن.

مسألة: ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب؛ يعنى من الحربيين، ويلحق بذلك بيع الخشبة لمن يعمل منها صليبا، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة، والعنب لمن يعصره خمرا.

مسألة: ويؤدب من يبيع آلات اللهو ويفسخ البيع ويكسر ويؤدب أهل ذلك؛ وكذلك الصور المنهى عن اتخاذها إذا كان ما فيها تبعا لها، فإن كانت تبعا كالتى فى الثياب والبسط جاز.

مسألة: وأما البنات التى يلعب بها الجوارى، فقال القاضى عياض: أرخص أهل العلم فى بيعها. وعن مالك: كراهته، ورأى أن الرخصة فى اللعب بها إلا أن تكون تتخذ متجرا، وذلك إذا لم تكن مخروطة مصورة مخلقة مجسدة لها أعضاء، والمرخص فيه أن يكون منقوشا فيها بالمداد صورة الوجه، وكذلك يكره بيع الدوامات وشبهها للصبيان؛ أنظر «المتيطية». قال ابن رشد: إنما كره ذلك لأنه لا يدرى هل أذن لهم آباؤهم فى ذلك أم لا؟ ولو علم رضا آبائهم بذلك لم يكن للكراهة وجه.

مسألة: قال مالك: ينهى الذى يتلقى السلع، فإن عاد أدب ولا ينزع منه شىء، وروى ابن وهب عنه: تنزع وتباع لأهل السوق والربح بينهم، والوضيعة على المتلقى لئلا يستبد أهل القوة بالسلع دون الضعفاء.

مسألة: قال سحنون: سألت ابن القاسم عن الذى يبيع على بيع أخيه، أو يخطب على خطبته، أو يتلقى الركبان فيشترى منهم، أو بيع حاضر لباد، قال: أما إذا باع على بيع أخيه أو خطب على خطبة أخيه لم أر أن يفسخ، ورأيت أن يؤدب صاحب هذا البيع، وأما أن يبيع حاضر لباد فأرى أن يمضى البيع ويؤدب أهل ذلك.

وروى ابن القاسم عن مالك أنه يفسخ ويؤدب الحاضر إذا باع للبادى، زاد فى رواية عيسى: إذا كان معتادا، وقال ابن وهب: يزجر ولا يؤدب، وإن كان عالما بمكروهه، وأما إن تلقى الركبان فأرى أن تعرض السلعة على أربابها بالثمن، فإن أخذوها به وإلا ردوها على بائعها، وأدبه ضربا وجيعا إلا أن يعذر بجهالة. واختلف إذا لم يقصد التلقى وإنما مروا على بابه، فقيل: بالمنع، وقيل: يجوز فى عدم القصد؛ من «شرح الجلاب».

مسألة: والنجش فى البيع ممنوع حرام ويأثم فاعله، وإن كان معروفا بذلك أدب وهو أن يعطى الرجل ثمنا فى سلعة ليس له قصد فى شرائها، بل ليقتدى به ويغر غيره.

مسألة: ومن غش فى سلعته أهل السوق، فقال مالك: أرى أن يتصدق بها على المساكين بغير ثمن، إذا كان البائع هو الذى غش فى السلعة، قيل له: فالزعفران والمسك أتراه مثله؟ قال: ما أشبهه بذلك إذا كان هو الذى غشه فأراه مثل اللبن المغشوش -يعنى يتصدق به- وسئل ابن القاسم عن هذا فقال: أما الشىء الخفيف من ذلك فلا أرى بأسا، وما إذا كثر ثمنه فلا أرى ذلك وعلى صاحبه العقوبة، لأنه قد تذهب فى ذلك أموال عظام، وأفتى ابن القطان القرطبى فى الملاحم الرديئة النسج بالإحراق بالنار، وأفتى ابن عتاب بتقطيعها خرقا وإعطائها للمساكين إذا تقدم إلى مستعمليها فلم ينتهوا عن ذلك.

مسألة: وقد شدد مالك -رضى الله عنه- الكراهة فى التجارة إلى أرض الحرب لجرى أحكام المشركين عليهم، قال ابن حبيب: وأخذ من قول مالك وأصحابه: أنه لا يجوز الخروج إليها تاجرا ولا غيره إلا المفاداة، وينبغى أن يمنع الإمام الناس من ذلك، ويشدد فى ذلك ويجعل الرصد فيه، وقد اتفقوا أنه إذا كان يعلم أنه

تجرى عليه أحكام الكفار فإن ذلك جرحة فيه، والخلاف إذا لم يعلم لما فيه من الذلة والصغار، وقد أوجب ابن القاسم عليه العقوبة الشديدة، لأن الخروج إليهم للتجارة من الكبار على ما ذهب إليه سحنون.

مسألة: ولا يباع من الحربيين آلة الحرب من درع أو سلاح أو سروج أو غيرهما مما يتقون به فى الحرب، قال الحسن: من حمل إليهم طعاما فهو فاسق، ومن حمل إليهم سلاحا فليس بمؤمن؛ أى: ليس بكامل الإيمان: وقال سحنون: ومن أهدى إليهم سلاحا فهو شريكهم فى جهاد المسلمين، ومن باع منهم سلاحا فكأنما أخذ رشوة على دماء المسلمين، قال ابن حبيب: لا يباع منهم السلاح فى هدنة ولا فى غير هدنة، وأما الطعام ففى الهدنة يجوز؛ قاله عبد الملك بن الماجشون، وأما على قول ابن القاسم فإن بيع منهم الطعام فإنه يباع عليهم من مسلم، وقيل: يفسخ.

مسألة: وإذا ابتاع الذمى أو المعاهد مسلما أو مصحفا، أجبر على بيعه من مسلم ولا ينقض شراؤه، وقال ابن حبيب: يفسخ البيع ويعاقب، وقال فى «مختصر ما ليس فى المختصر»: ولو باعه الذمى نقض البيع وإن تداوله الأملاك، قال اللخمى: عقوبة له.

مسألة: وتفريق الأمم من ولدها بالبيع لا يجوز ما لم يستغن عن أمه، فإن وقع ذلك فقيل: يفسخ ويعاقبان، لأن النبى ﷺ نهى عن ذلك وفيه من الخلاف ما هو مذكور فى محله.

مسألة: وقال سحنون فى الذى يبيع كرمه من النصرانى أنه يباع عليه بمنزله شرائه العبد المسلم، قال أشهب: انظر فى «كتاب السلطان»؛ من «البيان والتحصيل».

مسألة: قال عيسى: ولو أن أهل الذمة فرقوا بين الأولاد والأمهات منعهم السلطان من ذلك، لأنه تظالم فيحكم بينهم بحكم الإسلام، وروى عيسى عن ابن القاسم أيضا فى البهائم وأولادها: مثل أولاد بنى آدم، واختلف فى تفرقة الأب من ولده ومنع التفرقة أحسن، ولم يختلف فى جواز التفرقة فيما عدا الأبوين من الأقارب كالجد والجدة والخال والخالة والعم والعمة.

مسألة: فإذا جاع الرجل وباع امرأته وأقرت بذلك حتى وطئها المشترى أنهما يعذران بالجوع، وتكون تطليقة بائنة حين وطئها غيره، ولو لم يجع لرأيت أن يدرأ الحد عنهما بالشبهة؛ قاله فضل بن مسلمة؛ يعنى أنه لا يكون لها صداق على قول ابن القاسم لشبهة الشراء حين أسقط الحد عنهما، وأنه لقول بعيد إلا أن يكون ذهب فى ذلك إلا أنه إنما باعها فى سنة المجاعة على ما قيل: إنه لا يقطع من سرق فى سنة المجاعة.

وذكر ابن القاسم أن مالكا لم ير العمل عليه، قال أصبغ: ولست أقول به والحد لازم لهما ولا عذر لهما فى ذلك بجوع ولا غيره، وأراها بائنا من زوجها بالثلاث: لأنها كالموهوبة، وسواء وطئها المشترى أو لم يطئها، إذا كان بيعها عزما من زوجها، وكذلك لو زوجها عازما على ذلك بانت منه بالثلاث، وطئها الناكح أو لم يطئها، غير أن الحد فى النكاح مدروء عنها لشبهة النكاح، لأنها بانت من زوجها بإنكاحها إياه، فوقع نكاحها وبينونتها من زوجها معا فدرأت شبهة النكاح عنها الحد، ويرجع هذا الزوج الثانى عليها بجميع ما أصدقها إلا ربع دينار إذا كان جاهلا، أما لو علم لكانت عليه العقوبة ولم يكن له شىء مما أعطاها، ولا حد عليه للشبهة المذكورة.

وكذلك يرجع مبتاع المرأة من زوجها بجميع الثمن، إن شاء على الزوج البائع وإن شاء على المرأة، ولا يدع غيره، ولو كان عالما كان عليه الحد ورجع بالثمن كله أيضا.

مسألة: لو أقر حر لرجل أنه مملوكه فباعه المقر له بالرق، واقتسما الثمن ثم مات البائع وثبتت حرية المقر رجع المبتاع على المقر بجميع الثمن عقوبة له.

مسألة: إذا أخرج السيد عبده الصغير فباعه فى غير بلد الأم وثبت ذلك عند الحاكم، أمره الحاكم بالخروج إلى موضع الصبى واسترجاعه إلى أمه، فإن أبى من الخروج أدب بالسوط والسجن، وله أن يوكل من ينوب عنه، فإن خيف أن يتغيب إذا خرج أخذ بحميل، فإن لم يأت به سجن، وقيل: بل يسجن إلى أن يحضره، وهذا إذا كانت الأم أمته، فإن كانت حرة فقيل عليه أن يخرج فى طلبه، وقيل: بل

يقال لأمه اخرجى إليه إن شئت، ويكتب لها الحاكم بما ثبت عنده من أنها أمه، وأن يحملها على ما يجب لها من زيارته، قال ابن حبيب: ويؤدب أيضا بما أقدم عليه.

مسألة: وإذا اشترى رجل من السمسار سلعة استحقت من يد المشترى، أو ظهر بها عيب فلا عهدة على السمسار والتباعة على ربها، فإن لم يعرف كانت مصيبة ذلك من المشترى، قال ابن أبى زمنين: فإذا سئل السمسار عن رب السلعة فقال: لا أعرفه، حلف أنه ما يعرفه، كذا رأيت للكثير من أشياخنا قال: وينبغى على أصولهم إن نكل عن اليمين واستراب منه السلطان أن يعاقبه بالسجن على ما يراه.

مسألة: وإذا أوقف الجارية للبيع وقال: إنما أبيعها عريانة، وأنزع عنها هذا الإزار الذى عليها فاشتراها المبتاع على ذلك فالبيع جائز، ويعطيه إياها بما يواريها ذلك الإزار أو غيره، وإن أبى من ذلك كلف إياه، فإن أبى فالسوط.

مسألة: والمنع من تلقى الركبان وتأديبهم على ذلك، والمنع من الحُكْرة والتسعيرة والبيع بعد نداء الجمعة وشبه ذلك من البيوع الفاسدة يطول الكتاب بذكره وهو مشهور معلوم.

فصل

فى مسائل من باب المديان

مسألة: وإذا اتهم الحاكم المديان أنه غيب مالا أطال سجنه، وقد روى أنه يؤدب، قال سحنون: فإن قال: أنا فقير وليس ظاهره كذلك ويأتى بشهود على أنه فقير، إلا أنهم لم يزكوا فإنه يسجن أبدا حتى تزكى شهوده، ولا يؤخذ منه حميل.

مسألة: قال أصبغ فى الملدّ من الخصوم، وذكر بمحضرنا عن أبى الطاهر بن حزم القاضى: أنه علقه على رجل واحد، فقيل لأشهب: أترى ذلك؟ فقال: أما الملدّ الظالم فنعم، قال ابن رشد: وهذا كما قال، وواجب على الإمام أن يمنع من ذلك ويعاقب عليه بما يؤدى إليه اجتهاده.

مسألة: وروى ابن كنانة عن مالك فى الرجل يستعدى على غريمه فى دين له عليه، أنه يحبس له بالمعروف إلا أن يكون معدما لا شىء له فلا يحبس، وروى ابن القاسم عن مالك: أنه إذا ثبت عند القاضى اللدد من الغريم فإنه يحبسه، ويؤدب بالضرب الموجع وذلك إذا اتهمه أنه خبأ مالا أو غيبه، ويحبسه أبدا حتى يؤدى أو يتبين أنه لا مال له وقال مالك فى «المدونة» لا يحبس الحر ولا العبد فى الدين إلا بمقدار ما يستبرىء أمره، فإذا اتهمه بأنه خبأ مالا حبسه وإلا خلى سبيله.

مسألة: وقال سحنون: لا يمكن الرجل من دخول امرأته إليه فى الحبس وإن كان مسجونا فى حقها، لأن المقصود من السجن التضييق، ولا تضييق عليه مع تمكينه من لذته، ولو حبس الزوجان بموضع خال وطلب الغرماء أن يفرق بينهما، فقال ابن عبدالحكم: ذلك للزوجين، واستحسن ما قاله سحنون، فيمن كان معروفا باللدد.

مسألة: فى بيع ملك الغريم وفى «المتيطية»: وإذا أثبت الطالب مالا للغريم تعينه البينة، وحيز عنه وقف الغريم على ذلك، فإن أقر بذلك المال أمره الحاكم ببيعه وقضى دينه، فإن أبى ضيق عليه بالضرب والسجن حتى يبيع، ولا يبيعه القاضى كبيعة على المفلس، لأن المفلس ضرب على يديه ومنع من ماله فلذلك بيع عليه وهذا بخلافه، قال الشيخ أبو بكر بن عبدالرحمن: وإن أنكر الغريم الملك وعجز عن الدفع فى شهادة من شهد له بالملك، فقال بعض الموثقين: عندى أنه يبيعه عليه ولا يضطره إلى بيع ما ينتفى منه.

مسألة: وفى «كتاب محمد»: قال مالك: إذا زعم الغريم أنه أصيب ماله، وشهد له شهود أنه ما عنده شىء أرى أن يسجن ولا يعجل سراحه من السجن، وقال ابن الماجشون: ولابد من سجن الغريم ولا يتم التفليس إلا به، وإن شهد أنه لا شىء عنده.

مسألة: قال اللخمى: والمعروف من المذهب أن الغريم محمول على اليسار من غير اعتبار بحاله ولا السبب الموجب للدين.

مسألة: قال مالك: من تعمد إتلاف أموال الناس يقام من السوق، قال أبو الحسن: وعلى هذا يقام للناس كما قيل فى السفيه إذا حجر عليه.

مسألة: وإذا زعم الطالب أن فى مسكن غريمه وفاء حقه، قال ابن سهل فى «الأحكام»: وقد شاهدت الفتيا والحكم بطليطلة، إذا دعا الطالب إلى تفتيش مسكن المطلوب عند ادعائه العدم أن يفتش مسكنه، فما ألفى فيه من متاع الرجل بيع عليه وأنصف الطالب، لا يختلف فقهاؤهم فى ذلك، وكنت أنكره على أكثرهم فاستبصروا فيه ولم يرجعوا عنه.

فسألت ابن عتاب عنه فأنكره ولم يره، وكذلك أنكره ابن مالك وقال لى: أرأيت إن كان الذى يلقى فى بيته ودائع؟ فقلت: ذلك محمول عندهم على أنه ملكه حتى يثبت خلافه، فقال: يلزم إذًا توقيفه والاستيناء به حتى يعلم هل له طالب أم لا؟ وأعلمت ابن القطان بذلك فقال لى: ما يبعد ولم ينكره وأنا أراه حسنا فيمن ظاهره الإلداد والمطل واستسهال الكذب.

مسألة: وسئل اللخمى عن رجل ادعى على آخر بمال طائل، فأنكر المدعى عليه فأخرج المدعى صحيفة مكتوبا فيها إقرار المدعى عليه بدعوى المدعى أنها بخط المطلوب فأنكر ذلك، ولم يوجد من يشهد عليه، فطلب المدعى على أن يجبر المطلوب، على أن يكتب بحضرة العدول ويقابلوا ما كتبه بما أظهره المدعى.

فأفتى اللخمى: بأنه يجبر على ذلك، وعلى أنه يطيل فيما يكتب طولا لا يمكن أن يستعمل معه خطًا غير خطه.

وأفتى عبد الحميد بن الصائغ: أنه لا يجبر على ذلك، واحتج المازرى لقول عبدالحميد بأن إلزامه بذلك كإلزامه إحضار بينة تشهد عليه بما قاله خصمه، وأشار اللخمى إلى الفرق بينهما بأن البينة هو يقطع بكذبها، فلا يلزمه أن يسعى فى أمر يقطع ببطلانه، وأما خطه فهو صادر عنه بإقراره، والعدول يقابلون ما يكتبه الآن بما يحضره المدعى ويشهدون بموافقته ومخالفته.

مسألة: وإذا تغيب الخصم عن حضور مجلس الحكم واختفى فى داره فالحكم فى ذلك مذكور فى «باب القضاء بالنكول عن مجلس الحكم».

مسألة: لا يؤاجر الغريم فى الدين، وفصل اللخمى فقال: إن كان الغريم تاجرا فلا يؤاجر فيما عليه، قال: وعلى هذا تكلم مالك، وإن كان صانعا فداين ليعمل ويقضى من عمله، فعطل أجبر على العمل وإن ألدّ استؤجر فى صنعته تلك.

مسألة: إذا طلب رجل دينه من رجل، فاستظهر المطلوب بالعقد الذى كان عليه وقال: دفعت الحق للطالب وأخذت عقدى، وجحد الطالب وادعى أنه سقط منه، فالحكم فى ذلك مذكور فى «باب القضاء بشهادة على الوثيقة استيفاءًا لحق»، وسنذكر بعض مسائل المديان فى الكلام على حبس الممتنع من أداء الحق.

تنبيه: ولما كان الحبس يتنوع بحسب الحقوق والجنايات أفردنا للكلام عليه فصلا وأضفنا إليه مسائل من هذا الباب.

فصل

فيما وقع فى باب الحمالة

مسألة: إذا اتهم حميل الوجه بمعرفة مكان المطلوب وحلف أنه ما قصر فى طلبه ولا دلس، فإنه يحبس على قدر ما يراه الإمام، قال الشيخ أبو الحسن: إذا قويت الدلائل فى تهمته بمعرفة مكانه وأنه لها عن طلبه، وفرط فى إحضاره لزمه غرم ما عليه بالتفريط.

مسألة: إذا أراد الغريم سفرا فتعلق به صاحب الحق، وقال: أخاف أن يحل الأجل وأنت غائب، وطلب منه حميلا فإن الإمام ينظر فى ذلك، فإن رأى أن الأجل يحل قبل قدومه لبعد المكان أمره بالحميل وإلا لم يلزمه حميل، وأحلف بالله ما أراد سفرا إلا سفر مثل ما يخرج الناس إليه فيما يزعم من ذلك وخلى سبيله.

فصل

ووقع فى باب الرهن مسائل منها

مسألة: إذا رهن رجل فيما عليه رهنا فعليه تسليمه، ويجبره القاضى على دفع الرهن ويحبسه حتى يدفع ذلك؛ انظر «ابن عبدالسلام».

مسألة: لو دفع المرتهن إلى الراهن رهنه ثم جاء بعد ذلك، فقال: أعطيته رهنه قبل أن يوفينى حقى، فقال مالك فى «العتبية» أرى أنه يحلف الراهن ويسقط عنه ما ادعى رب الدين، وكذلك إن أنكر المرتهن أن يكون قبض منه شيئا من حقه،

وقال: دفعته إليه الرهن على أن يوفينى حقى فلم يفعل، وفى «نوازل سحنون»: أنه إن قام عليه بقرب ما دفع الرهن فالقول قوله.

مسألة: إذا أخذ رب الدين من الغريم رهنا به ثم وجد فى يد الراهن، وقال المرتهن: أنه سقط منى ولم أدفعه إليه، كان القول قوله إذا كان قيامه عليه بالقرب.

مسألة: إذا دفع الغريم دينا وطلب رهنه، فجاء المرتهن به فقال: ليس هذا رهنى، لأن دينك ألف ورهنتك ما يساويه، وهذا لا يساوى مائة، قال أصبغ: إذا تباين هكذا رأيت القول قول الراهن لأنه ادعى ما يشبه، وقال أشهب: القول قول المرتهن، وفى «مختصر الواضحة»: أن قول أشهب شاذ منحرف عن القياس.

مسألة: والرهن كالشاهد على مبلغ الدين، والمسألة مذكورة فى «باب القضاء بشهادة الرهن على مبلغ الدين».

مسألة: ومن رهن دينا له على رجل فلابد من جمع الراهن بين المرتهن، ومن عليه الدين المرهون ليقر بالدين ويلزم أن لا يدفع ذلك إلا بعد تخليص المرتهن بحقه، فإن دفع الدين للراهن تعديا غرم الدين ثانيا لأنه أتلفه على المرتهن.

مسألة: وسئل أشهب عن رجلٍ أتى مكة وقصد إلى زمزم، فوجد رجلا معه قدح فقال: ناولنى قدحك هذا، فقال له: إنى أخاف عليه، فقال: هذا كسائى عندك حتى أعود إليك به، فوضع الكساء وأخذ القدح ثم رجع فلم يجد الرجل، قال: لو أتى السلطان حتى يأمره إن كان صادقا أن يبيع القدح ويقبض ثمنه من ثمن الثوب، قيل له: هو صادق وهذا صحيح، أفلا يقبض دون السلطان؟ قال: لا، قال: ويأمره السلطان، قال: نعم يأمره من غير حكم على الغائب ويقول له: إن كنت صادقا فافعل، فإن جاء الرجل كان على خصومته، قال ابن رشد: هذه مسألة صحيحة على أصولهم، فإن باع القدح بأمر السلطان وقبض ثمنه من ثمن كسائه، فقدم صاحب القدح بالكساء وأقر بما قال البائع الذى باع بأمر السلطان، لم يكن له إلا ما باع به القدح لبيعه إياه بأمر السلطان، ولو باعه بغير أمره كانت له قيمته وهذه سياسة وليست بحكم.

فصل: ووقع فى «باب الغصب» مسائل تقدمت فى أول هذا القسم، واعلم أنه يجب على الغاصب مع رد ما أخذ الأدب على قدر اجتهاد الحاكم ليكون ذلك زجرا له ولغيره، ولا يسقط ذلك عنه عفو المغصوب منه، إلا أن يكون الغاصب غير مكلف فيسقط عنه الأدب، وقد قيل: إن الإمام يؤدب الصغير الذى يعقل مثل هذا، كما يؤدب الصغير فى المكتب.

فصل: ووقع فى باب الاستحقاق.

مسألة: إذا استحقت أمة من رجل فأراد المستحق منه أن يضع قيمتها، وأن يذهب فيطالب بها الذى اشتراها منه، فإن كان غير مأمون ألزمه الحاكم أن يستأجر أمينا من ماله ليتوجه بها معه.

مسألة: إذا ادعت جارية الحرية وذكرت أنها من موضع سمته، وأن متغلبا بتلك الجهة أغار عليهم فسباها فيمن سبى وأنها حرة وعلم صحة ما ذكرت من التغلب على أهل تلك الناحية، وذكر الذى هى بيده أنه ابتاعها فى ذلك الجانب الذى زعمت أنها من أهله، فهل يكون إثبات الرق على الذى ألقيت بيده أم عليها هى إثبات الحرية؟ فقال محمد بن الوليد ويحيى بن عبدالعزيز ومحمد بن غالب وعبيد الله بن يحيى وأيوب بن سليمان وسعد بن معاذ وأحمد بن يحيى بن أبى عيسى على المدعى لرقها إثبات دعواه لتصديقه إياها على ذكر الناحية، وقد قال سحنون بهذا، وقال ربيعة: تحدث للناس أقضية لما يحدثون، وقال ابن لبابة: البينة على مدعية الحرية إذ هى فى ملك الرجل معروفة الرق، قال: وقد كان عبد الأعلى يفتى بغير هذا لفساد الزمان ولست أراه.

مسألة: ومن هذا المعنى: ما وقع فى مسائل ابن زرب فى عبد زعم أنه حر وعلم أنه قد كان فى بلد بيع الأحرار فيها فاش، قال ابن زرب: يخرج المملوك عن يد الذى هو بيده حتى يقيم البينة أنه ابتاعه ممن كان له ملكا، فجعل الإثبات على السيد، قال: وبذلك كان شيوخ بلدنا يفتون فيما يقع ببلد ابن حفظون لأنه كان فيها بيع الأحرار، فكانوا يكلفون السيد إقامة البينة على صحة ابتياعه.

مسألة: إذا جعل ظالم مـغرمًا على جواز طريق وكـان لابد منه، فمن أدى عن أصحابه شيئا رجع عليهم به؛ من زيادات «معين الحكام».

فصل

فى باب الصلح

مسألة: إذا أقر الغريم فى السر وجحد فى العـلانية فصالحه صاحب الحق على أن يؤخره سنة ويقر له، وأشهد الطالب أنه إنما يصالحه لغـيبة بينته، فإذا قدمت قام بها فقيل: له ذلك إذا علم أنه كان يطلبه ويجحده، وقيل: ليس له ذلك ولا ينفعه ما أشهد بـه فى السر، وقد أبطل مالك البينة إذا وجدها بعـد الصالح قال: إلا أن يقر بعد الإنكار فيؤخذ ببـاقى الحق، وقال أصبغ: لا ينفع إشهاد السر إلا على من لا ينتصف منه كالسلطان والرجل القاهر وما سوى ذلك، فإشهاد السر باطل، وفى «باب القضاء بشهادة الاسترعاء» كثير من هذه المسائل:

مسألة: ومن قتل قتيل فى حرابة فأخذ قـبل أن يتوب لم يجز عفو الأولياء ولا صلحهم على ما قاله القاضى عياض. معنى ذلك أنهم إن صالحوه، وقد تاب قبل القدرة علـيه، فصلحـهم جائز بخـلاف ما إذا لم يتب حـتى قدر عليـه، لأن حد الحرابة حق لله تعالى.

مسألة: إذا صالحه على الإنكار وذكر أن الوثيقة المشـهود فيها بالدين قد ضاعت ثم وجد الوثيقة بعد الصلح فله القيام بلا خلاف.

مسـألة: وكذلك لو ادعى رجـل على رجل شيئـا فى ذمته أو فـى يده، فأنكره المدعى عليـه فصالحـه المدعى على شىء ثم أقر له المدعى عليـه بذلك الشىء، فله القيام فيما أقر به بلا خلاف والظالم أحق أن يحمل عليه.

مسألة: ولو قال المدعى عليه للمدعى: أحضر الوثيـقة وخذ حقك، فقال: قد ضاعت وأنا أصـالحك، ففعل ثم وجدها لم يكن لـه رجوع بشىء بخلاف الأول.

فصل

ومما وقع فى الشركة

مسألة: إذا قال أحد الشريكين: ضاع المال منى، فقيد عليه شريكه الإنكار بالشهادة ثم قال: دفعته إليه فقيد ذلك عليه أيضا، فقال عند ذلك: إنما دفعته من مالى بعد الضياع فقال ابن القاسم: إنه لا يصدق وأراه ضامنا.

مسألة: وقال فى ثلاثة شركاء ولى أحدهم بيع السلعة وقبض ثمنها، فقال شريكاه: أعطنا حقنا منها، فقال: نعم هو فى كمى أتسوق به، ثم أعطيكم، فذهب ثم أتى فقال: قطعت من كمى أنه ضامن إذ سألوه فلم يفعل.

فصل: ومما وقع فى الوكالة إذا خاصم الرجل لنفسه وقعد مع الخصم ثلاث مرات، لم يكن له أن يوكل إلا أن يمرض أو يريد سفرا، قال ابن العطار: ويحلف أنه ما استعمل السفر ليوكل، فإن نكل لم يكن له أن يوكل فاليمين هنا من السياسة الشرعية، وقال ابن الفخار: لا يمين عليه، قال: وله أن يوكل إذا أخرجه خصمه أو شاتمه فحلف أن لا يخاصمه بنفسه، قال محمد بن عمر: ولو حلف أن لا يخاصمه لغير عذر لم يكن له أن يوكل.

مسألة: كان سحنون -رحمه الله تعالى- لا يقبل من المدعى عليه أن يقيم وكيلا إلا لعذر، كامرأة لا يخرج مثلها أو مريض أو مريد سفرا، ومن كان فى شغل الأمير كالحاجب ونحوه، أو كان على خطة لا يستطيع مفارقتها كما ذكرنا من الحجة وغيرها، وفى هذا سد كثير من ذرائع الفساد، والمشهور المعمول به أن الوكالة تقبل من الطالب والمطلوب، لكن إذا رأى القاضى أن توكيل المدعى عليه لدد ولى عن الانقياد للشرع فينبغى له العمل بقول سحنون، فقد كان من الأئمة المقتدى بهم ومن قضاة العدل -رحمه الله تعالى.

مسألة: ومسائل التعدى فى باب «الوكالة واختلاف الموكل والوكيل» يطول ذكرها.

فصل: ومما وقع فى باب «الإقرار» وباب الإقرار من أعظم الأبواب المشتملة على المسائل الساسية واستيعابها يطول.

مسألة: وصيغة الإقرار تكون باللفظ أو ما يقوم مقامه من الإشارات والكتابة والسكوت، فالإشارة تكون من الأبكم ومن المريض، فإذا قيل له لفلان عندك كذا فأشار برأسة أن نعم فهو إقرار،ولو كتب رسالة لرجل بأمور أنفذ ما فيها إذا قامت البينة أنه خطه وإن كان منكرا، ويؤخذ بالمال والطلاق وغيره خلا الحدود، فله أن يرجع عنها إذ يؤخذ بغرم السرقة ولا يقطع.

وقد تقدم فى «باب القضاء بالإقرار» كثير من هذا، وذكرنا حكم الكتابة والسكوت وإقرار الرشيد البالغ الطائع لازم، وإقرار المكره لا يلزمه وكذلك الصغير، والرجوع عن الإقرار فى السرقة قد تقدم ذكره، وكلك فى الزنا، وأما ما لو أقر بمال ثم عقب الإقرار بما يبطله ويرفع حكمه بطل، إلا أن يخالفه المقر له مثل أن يقول له: عندى ألف من ثمن خمر أو خنزير، فلا يلزمه شىء إلا أن يقول الطالب: بل هى من ثمن بر، فتلزم المقر مع يمين الطالب، وكذا لو قال له: على ألف باطلا وزورا، فقال الطالب: كذب قوله باطلا وزورا، فإن ذلك لازم للمقر مع يمين الطالب، ولو قال: ألف من ثمن خنزير ثم بينه أنه من معاملة ربوع لم تقبل بينته، لأنه بإقراره بالألف كذب كل بينة تقوم له فيلزم المال ويؤاخذ بإقراره. وقال ابن سحنون: تقبل البينة ويرد إلى رأس ماله، وهذا باب واسع مذكور فى محله، وكذلك الأقارير المتهم فيها بالتوليج لولده وزوجته وصديقه الملاطف، وقد ذكرنا كثيرا من مسائل الإقرار فى هذا الكتاب فى مواضع متفرقة.

فصل: ومما وقع فى «باب الشفعة».

مسألة: الأخذ بالشفعة هو من باب دفع الضرر عن الشريك، ويجبر المشترى على تسلم الحصة المستشفع فيها، قال ابن راشد: قال اللخمى: إذا كتم المشترى الثمن فإن ذكر ما يشبه وإلا فالشفيع بالخيار فى أخذ الشقص ولا يدفع شيئا حتى يثبت الثمن، فإن لم يثبته سجن، وفيها مسائل تتعلق بالسياسة إذا أظهرها ثمنا وأخفيا غيره، واحتال المشترى بحيلة على إسقاط الشفعة ونحو ذلك.

فصل: ومما وقع فى باب القراض، إذا اشترى العامل من يعتق على رب المال عالما، فإنه يعتق على العامل ويغرم ثمنه وحصته من ربح المال إن كان له ربح، وولاؤه لرب المال، وإنما أغرم ذلك لتعديه.

فصل: ومما يقع فى «باب الإجارة».

مسألة: فى مستأجر الدار يطلع منه على سرقة أو شرب أو فسق، فإن الإمام يمنعه من ذلك ويكف أذاه عن الجيران وعن رب الدار، وإن رأى أن يخرجه أخرجه وأكراها عليه ويلزمه الكراء، قال ابن حبيب: وكذلك إذا أظهر الطنابير والزمر وشرب الخمر وبيعها فيمنعه ويعاقبه، فإن لم ينته أخرجه وأكراها عليه ولا يفسخ الكراء؛ وقاله مالك، والفاسق يعلن مثل ذلك فى دار نفسه أنه يعاقبه على ذلك، فإن لم ينته باع عليه الدار ابن شاش، وإذا رأى أن يكريها عليه فعل ثم لا يتوقف ذلك على حضور من يكريها، بل بخرجه ويؤدى الأجرة وينتظر حضور الراغب.

مسألة: ولو استأجر عبدا للخدمة فوجده سارقا فله الرد بخلاف المساقى يوجد سارقا.

مسألة: ومن اكترى أرضا سنة فقبضها ثم غصبها منه السلطان فمصيبتها من ربها ولا كراء له فيما بقى، قال ابن القاسم: وسواء غصب الدار من أصلها أو أخرجه منها وسكنها لا يريد إلا السكنى حتى يرتحل قال: وكذلك الحوانيت يأمر السلطان أن يغلقها، وقيل: المصيبة من المكترى، وقيل بالفرق بين أن يغصب أصل الدار فمصيبتها من ربها، وإن غصب السكنى فمن المكترى، وهو اختيار ابن حارث والأول أصح.

مسألة: وفى «مختصر الواضحة»: فى أجير الفراء يبيع الفرو مدعيا أنه له مما عمل لنفسه، وينكر ذلك المستأجر له، فإن كان مثله يعمل لنفسه ويبيع وهو أجير كما هو فالثمن له كان الذى استأجره حاضرا أو غائبا بعد أن يحلف بالله أن الذى ادعاه الأجير ليس كما ادعى.

مسألة: حارس الأندر والدور لا ضمان عليه فيما سرق إلا أن تلجئ قوما ضرورة إلى من يخاف على الطعام منه فيستأجروه لشره أو ليدفع شر قوم آخرين فيلزمه الضمان، أو تعلم منه الخيانة فيضمن؛ قاله «اللخمى».

مسألة: وفى «البيان»: قال ابن رشد وإذا عثر على إجارة مثل المزمار والعود وما

أشبه ذلك فسخت الإجارة فإن كان دفع الأجرة فقيل: ترد على المستأجر، وقيل تؤخذ ويتصدق بها وإن لم يعثر على ذلك حتى فاتت الأجرة بالعمل فيؤدبان جميعا، ويتصدق بالأجرة على كل حال قبضت أو لم تقبض أدبًا لهما.

مسألة: إذا استرشد رجل صيرفيا فى دينار أو درهم فأخبره أنه طيب وهو يعلم أنه ردىء، أو أراد شراء ثوب فسأل الخياط هل يكفيه فقال: نعم، وهو يعلم أنه لا يكفيه فاشتراه، أو دله على جرة زيت فصب زيته وهو يعلم أنها مكسورة، وكذلك من دل رجلا على مال رجل مدفون ففى ضمانهم قولان، والأدب والعقوبة لازمة لهم على كل حال، ولعله يريد إن دل على المال بالقول، وأما إن مشى إليه أو أشار إليه فقالوا: إنه يضمن وهو فى زيادات «معين الحكام»، وكذا من تصدى لدلالة الطريق وهو جاهل فإنه يلزمه الأدب ولا شىء له.

فصل: ووقع فى «باب القسمة»:

مسألة: فى الشريكين يطلب أحدهما القسمة ويتغيب الآخر، قال ابن لبابة وابن وليد وابن غالب: إذا تورك أحد الشركاء عن الحضور للقسمة وظهر ذلك للقاضى باتصال توركه أو بطول التردد فى طلبه لحضور ذلك، فلم يحضر أمر القاضى بالقسم عليه وأقام له وكيلا يقبض له نصيبه فيبعث القاضى قاسمًا يرضاه، رجلين ممن تقبل شهادتهما على الشريكين يحضران القسم، ووكيلا يقيمه ويوكله للغائب وكالة يشهد له القاضى بها، ويذكر فى كتاب القسم المعنى الذى وكله لأجله من ثبوت التورك عنده، فما حصل للغائب قبضه وكيله وكان قبضه له بأمر القاضى كقبضه لنفسه لو كان حاضرا.

مسألة: إذا قسم الماء بين الشركاء بالقدر فقال أحدهم: إنما يجب لى قدران، وأرضى بعيدة عن مخرج الماء فإذا سرح القدر إلى أرضى شرب ذلك أسفل السواقى وماذاياناتها وهى جنباتها قبل أن يصل إلى أرضى فأخروا نصيبى، فالعدل فى ذلك أن لا يقدم صاحب النصيب حتى تروى أسفل السواقى وجنباتها، وقيل: إنما يأخذ كل واحد منهما الماء فى أدنى رأس أرضه؛ من الجزء الثانى من «المتطية» فى «باب البيع».

مسألة: والأشياء التى لا تنقسم أو فى قسمتها ضرر، يجوز أن يجبر على البيع من أباه إذا طلب البيع أحدهما واستثنى من ذلك مسائل وإنما جبر على البيع من أباه دفعا للضرر اللاحق للطالب، لأنه إذا باع نصيبه مفردا نقص ثمنه وإذا قلنا: يجبر من أبى البيع، فإنه إذا وقف المبيع على ثمن وأراد طالب البيع أخذه بما وقف عليه لم يمكن من ذلك، لأن الناس قد يتحيلون بطلب البيع إلى إخراج الناس عن أملاكهم، وأما إن طلب الشراء من أبى البيع فله ذلك وقد ذكروا صورا أجازوا فيها لطالب البيع الأخذ بما انتهى إليه الثمن يطول ذكرها.

فصل: ووقع فى باب الوديعة.

مسألة: إذا ادعى رجل على رجل أنه أودعه ثيابا فأنكر، فشهدت بينه أنه أودعه أعكاما لا يدرون ما فيها ويظنونها ثيابا ففى «الطرر»: أنه يسجن ويهدد، فإن أقر بشىء وإلا حلف صاحب الوديعة على ما يشبه أنه يملك مثله، ويأخذه بذلك والظالم أحق أن يحمل عليه، وقيل: إنه يحلف المدعى عليه بعد أن يستبرأ أمره بالضرب والسجن والتضييق عليه فيه والتشديد، ولا شىء عليه من غرامة المال.

فصل: ووقع فى «باب العارية»:

مسألة: فى الخادم أو الرجل الحر يأتى القوم فيستعيرهم حليا، ويزعم أن أهله بعثوه فيعيرونه فيهلك الحلى منه ويجحد أهله أن يكونوا بعثوه، أو يقرون أنهم بعثوه، وأن المتاع هلك قبل أن يصل إليهم، فقال: إن صدقه الذين بعثوه فهم ضامنون ولا شىء على الرسول، وإن جحدوا وحلفوا ما بعثوه وحلف الرسول إن كان حرا لقد بعثوه فلا شىء على واحد منهما، لأن الذين بعثوه لم يقروا بشىء، ولأن الرسول قد صدقه الذين أعطوه فيما جاء به من الرسالة، فليس عليه أكثر من اليمين أنهم بعثوه، وإن زعم الرسول أنه أوصله إلى الذين بعثوه وجحدوا لم يكن عليهم ولا عليه إلا اليمين ويبرءون وقال أشهب: إن زعم العبد أنه أوصل ذلك إلى سيده وأنكر السيد، قال: أراه فاجرا خلافًا وذلك جناية فى رقبته، وقال ابن القاسم: إن أقر السيد غرم، وإن أنكر كان ذلك فى رقبة العبد لأنه خدع القوم.

فصل: ووقع فى «باب الأقضية»:

مسألة: قال ابن حبيب: إن للإمام أن يأخذ من قضاته وعماله ما وجد فى أيديهم زائدا على ما ارتزقوه من بيت المال، وأنه يحصى ما عند القاضى حين ولايته ويأخذ منه ما اكتسبه زائدا على رزقه، وتأول أن مقاسمة عمر -رضى الله عنه- ومشاطرته لعماله كأبى موسى وأبى هريرة -رضى الله عنهما- إنما كانت لما أشكل عليه مقدار ما اكتسبوه بالعمالة؛ من «ابن عبدالسلام».

مسألة: يستحب للقاضى أن يستعمل الفراسة ويراقب أحوال الخصمين عند الإدلاء بالحجج ودعوى الحقوق فإن توسم فى أحد الخصمين أنه أبطن شبهة فليتلطف فى الكشف والفحص عن حقيقة ما توهم فيه، وقد تقدم وجه العمل فى ذلك أول الكتاب فى سيرة القاضى مع الخصوم فانظره.

مسألة: وفى «المقنع» لابن بطال قال سحنون: ينبغى للقاضى أن يشتد حتى يستنطق الحق، ولا يدع من حقوق الله تعالى ويلين فى غير ضعف.

مسألة: نقل ابن قيم الجوازية: أن مالكا -رضى الله عنه- ذهب إلى التوصل إلى الإقرار بالحق بما يراه الحاكم، وذلك مستند إلى قوله تعالى: ﴿**إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ**﴾ [يوسف: ٢٦].

مسألة: قال ابن راشد: متى ارتاب القاضى وتوهم غلط الشهود سألهم عن التفصيل، فإن أصروا على الكلام الأول أمضاه.

مسألة: قال مطرف وابن الماجشون: لا يحلف القاضى الشاهد عدلا كان أو غير عدل أما العدل فقوله كاف، وأما غير العدل تنفع فيه اليمين، ونقل تحليف الشهود عن ابن وضاح، وعن قاضى الجماعة بقرطبة محمد بن بشير شيخ أبى عبدالله بن عتاب، قال أبو محمد بن حزم: وحلف ابن بشير هذا شهودًا فى تركة بالله تعالى أن ما شهدوا به الحق.

وروى عن ابن وضاح أنه قال: أرى لفساد الزمان أن يحلف الحاكم الشهود، وابن وضاح أخذ عن سحنون، وقد جاء فى رجوع الشهود عن الشهادة إذا أنكروا، أنهم رجعوا فطلب المشهود عليه يمينهم أنهم يرجعون عما شهدوا به عليه، ففى لزوم اليمين قولان ومذهب ابن القاسم وسحنون وابن المواز وابن

الماجشــون: أنه يلزمهم اليــمين إذا أتى بلطخ يقوى دعــواه وإلا فلا تلزم اليــمين، وقال ابن عبدالحكم: لا تتوجه الدعوى بطلب اليمين والأول والمشهور.

مسـألة: قال ابن وضــاح: قلت لسحنون إن ابن عجــلان قال لى: إنه يحلف اليهودى يوم السـبت والنصرانى يوم الأحد، وقال: إنى رأيتهم يرهبــون ذلك فقال لى سحنون: ومن أين أخذه ابن عجلان؟ قال: قلت من قول مالك يحلفون حيث يعظمون، فسكت. قال ابن وضاح: فكأنه أعجبه، وقلت له أيضا: إن ابن عاصم عندنا يحلف الناس بالطلاق يغلظ علـيهم، فقال لــى: ومن أين أخذ ذلك؟ قلت له: من الأثر المروى من قول عــمر بن عبــدالعزيز: تحدث للناس أقـضية بقــدر ما أحدثوا من الفــجور، فـقال لى مثل ابــن عاصم يتأول هذا؛ قــاله ابن الهندى فى «وثائقه» وابن عاصم هذا حسين بن عاصم، روى عن ابن القاسم وأشهب، ودخل الأندلس وكان محتسبا بهم فى السوق.

مسـألة: وإذا تغـيب الخصم عن حـضور مـجلس الحكم، فالذى يقـابل به من الأحكام السياسية مذكور فى «باب القضاء بالنكول عن حضور مجلس الحاكم».

مسألة: من استـخف بأعوان القاضى وتعـدى عليهم. فإنه تجب عـقوبته بانتـهاك حرمتهم واسـتخفافه بقضاة المسلمـين وتعديه على الرسل وعلى الطالب لهم، وإذا لم يحسم مثل هذا لم يؤمن أغلظ مـنه مما يقود إلى فتنة فيبالغ فـى التغليظ على من فعل ذلك ويعاقب فاعله بأبلغ العقوبة؛ قاله ابن لبابة وعـبدالله بنى يحيى ومحمد بن وليد وأيوب بن سليمان وابن معاذ ويحيى بن عبدالعزيز؛ من «أحكام ابن سهل».

فصل: ووقع فى «باب الشهادة»:

مسـألة: الشـهادة على السـرقـة لا تقبل مـجمـلة، بل لابد أن يسأل الحـاكم الشاهدين عن السرقة ما هى؟ وكـيف أخذها؟ ومن أين؟ وإلى أين؟ قال اللخمى: فإن غابا قبـل أن يسألهما لم يقطع السارق لاحتـمال أن يكون دون النصاب أو من غير حرز فإن قالا إنها مما يجب فـيه القطع وغابا قبل أن يسألهما لم يقطع، إلا أن يكونا من أهل العلم ومذهبهما مذهب الحاكم.

فرع: وكذلك الشهادة على الزنا واللواط، فيسألهما الحاكم ويستفسرهم كما يسألهم فى السرقة؛ قاله ابن راشد.

تنبيه: فى «المقنع» لابن بطال: ولا يسألهم الحاكم عما أكلوا فى ذلك المجلس، وهل كان فى ليل أو نهار ولا عن لباسه ولا يسألون هل زنى بأمرأة إذ لا يجهل أحد أن الزنا لا يكون إلا بالمرأة، وأن يسألوا هل رأيتموه يدخل الفرج فى الفرج كالمرود فى المكحلة وأما غير ذلك فلا يسأل عنه عدل ولا غيره، وهذا من الزيادة فى تفنينهم.

فرع: وتعمد الشهود النظر إلى فرجها ليس بجرحة تسقط الشهادة إذ لا تمكن الشهادة إلا هكذا، قال اللخمى: وتعمد النظر حسن فيمن كان معروفا بالفساد وأما من لم يكن معروفا بذلك ففيه نظر، فينبغى أن يقال: لا يكشفوا عن ذلك ولا يطلبوا تحقيق الشهادة لما ندبوا إليه من الستر، فينبغى التجاوز عنهم إلا أن يقال: إنهم يحققون الشهادة لاحتمال أن يقذفه شخص، فيقومون بالشهادة لدرء الحد عنهم، والستر أولى لأن مراعاة قذفه من النادر الوقوع.

فرع: ومن «المجموعة» قال ابن القاسم وأشهب وعبدالملك: وإذا سأل الحاكم الشهود عن صفة الزنا فأبوا ولم يزيدوا على أن يشهدوا عليه بالزنا ترد شهادتهم وليحدوا، قال ابن القاسم: لا يحدون إلا بعد كشف الشهادة، قال ابن القاسم: لا تحد الشهود عليه إلا بعد كشف شهادتهم حتى يدل تفسيرهم أنه الزنا ويقولون مثل المرود فى المكحلة، فإن استراب من غير العدل سأله عن غير هذا مما يرجو فيه بيانا من اختلاف شهادته.

فرع: وقيل لابن القاسم: أترى للقاضى أن يمسك الكتاب الذى فيه شهادات الشهود ويقول لهم: أخبرونى بشهادتكم؟ قال: لا، وليس كل الناس يعرف شهادته حتى يقرأها ويذكرها فإذا عرف شهد ولو قرأها فقيل له: استظهرها ما قدر وما كان ذلك عليه.

مسألة: شهادات الاسترعاء لابد أن يكون الشهود يستحضرونها إذا كانت الوثيقة مبنية على معرفة الشهود لذلك، وذلك فى عقود الاسترعاء التى يكتب فيها:

يشهد المسلمون فى هذا الكتاب من الشهود أنهم يعرفون كذا وكذا فإن رأى الحاكم ريبة توجب التثبيت فينبغى أن يقول لهم: ما تشهدون به، بأن ذكروا شهادتهم بألسنتهم على ما فى الوثيقة جازت وإلا ردها، وليس فى كل موضع ينبغى له أن يفعل هذا ولا بكل الشهود، وإنما ينبغى أن يفعله مع من تخشى عليه الخديعة، قال القاضى أبو بكر بن زرب: وربما فعلته.

فرع: وأما إذا كانت الوثيقة منعقدة من إشهاد الشهود كالصدقة والابتياع ونحو ذلك، فلا ينبغى أن تؤخذ الشهود بحفظ ما فى الوثيقة وحسبهم أن يقولوا إن شهادتهم فيها حق وأنهم يعرفون من أشهدهم، ولا يمسك القاضى الكتاب ويسألهم عن شهادتهم؛ من «أحكام ابن سهل».

مسألة: وفى «الطرر»: إذا وقع الوثيقة بشر أو ضرب أو محو فى غير موضع العدد، مثل: عدد الدنانير أو أجلها أو تاريخ الوثيقة لم يضر الوثيقة ولا يوهنها، وإن لم يتعذر منه وإن كان فى تلك المواضع سئلت البينة، فإن حفظت الشىء بعينه الذى وقع فيه ذلك من غير أن يروا الوثيقة مضت، وسئلوا عن البشر إذا كان فيها فإن حفظوه مضت أيضا وإن لم يحفظوه سقطت الوثيقة.

مسألة: وإذا شهدت بينة الرجل أنه كفء ليتيمة أراد نكاحها، لم يكن للحاكم أن يسألهم من أين علموا ذلك، ووجب نكاحها منه؛ من «ابن سهل».

مسألة: ولا ينبغى للقاضى أن يفرق الشهود إلا عن تهمة، ويفعله فى رفق كشفا رفيقا عن كل ما يريد حتى تصح له براءتهما من التهمة، أو تحقق الريبة عليهما فيبطل شهادتهما؛ قاله ابن عبدالحكم.

فرع: قال ابن القاسم: كل الشهود لا يسألون ولا يفرقون إن كانوا عدولا، إلا الشهود على الزنا فإنهم يفرقون ويسألون. وقال أشهب: لا يفرق بين الشهود فى حد ولا غيره إلا أن يستراب من شهادتهم، فله أن يستدل على صحة ذلك بالتفرقة بينهم. وفى «تنبيه الحكام»: أن القاضى إذا استراب من الشهود كشف عن حقيقة ما اتهمهم به، فإن ظهر له حقيقة ما توهم عمل على ما ظهر له بما يقتضيه موجب الشرع وإن لم يظهر له شىء وعظهم وخوفهم بالله وذكرهم إن رأى لذلك محلا.

مسألة: إذا شهدت البينة أن فلانا افترى على فلان أو شتمه أو آذاه أو سفهه، فلا يجوز ذلك حتى يكشفوا عن حقيقته، إذ قد يظنون ما قالوا وهو على خلاف ما ظنوا قال أصبغ: إلا أن تفوت البينة، ولا يقدر على إعادتهم فليعاقب المشهود عليه على أخف ما يلزم فى ذلك.

مسألة: وإذا شهد على دابة فلا يمتحنهم بإدخالها فى دواب ويكلفهم إخراجها من بينها، وإن سأله الخصم ذلك فلا يفعل، وهذا على ما ذكره ابن المواز: أن القاضى إذا اتهم الشهود فلا يفرق بينهم، سأله الخصم ذلك أو لم يسأله، ولا يدخل عليهم بذلك رعبا، لأن الشاهد إذا فعل به ذلك اختلط عقله وحصل له الرعب، ولكن يستمع منهم ويسأل عنهم، وفى «الطرر» خلاف ذلك عن سحنون قال: وإذا شهدوا بنكاح أو إقرار أو إبراء، وقالوا: شهدنا على معرفة منا لعينها ونسبها، فسأله الخصم أن يدخلها القاضى فى نساء لتخرجها الشهود فقالوا: لا ندرى هل نعرفها اليوم أم لا؟ وقد تغيرت حالها أو قالوا: لا نتكلف ذلك، فقال سحنون: لابد أن يخرجوها بعينها وقال غيره: لا يلزمهم ذلك كما تقدم.

مسألة: وإذا شهدت بينة على رجل غائب وتضمنت شهادتهم معرفة عينه، ثم قدم الغائب فسأل أن تشهد البينة على عينه، لم يكن ذلك له إذا كان المشهود عليه مشهور، أو إن لم يكن مشهورا وتوقع الحاكم فى شهادتهم شيئا لزمهم أن يعودوا فيشهدوا على عينه، وكذلك إذا شهدت البينة على حاضر بمعرفة العين وكان مشهورا لم يلزمهما ذلك، والله أعلم.

فصل: ومما وقع فى «باب الوقف»:

مسألة: وفى «المتيطية»: إذا باع المحبس عليه الحبس وهو عالم به فإنه يعاقب بالأدب والسجن عند ثبوت الحبس وثبوت البيع إذا لم يكن له فى بيعه عذر يعذر به، ويرجع المبتاع عليه فيستوفى منه الثمن، فإن كان معدما وثبت عدمه وحلف بما يجب عليه الحلف به، فللمبتاع استغلال الحبس حياة المحبس عليه حتى يستوفى ثمنه فيدفع إليه غلته عاما بعام، فإن استوفى ثمنه رجعت الغلة إلى البائع وإن مات البائع قبل أن يستوفى ثمنه رجع الحبس إلى المرجع المذكور، ولم يكن للمبتاع من

الغلة بعد مـوت البائع منه شيء، ولا رجوع له على من رجع إليـه الحبس بشيء، وإنما يرجع إلى مال البائع إن كان له مال، وإلا فهى مصيبة نزلت به.

مسـألة: وفى «مخـتصـر الواضحـة» قال مـالك فى العبـد المحبس فى خـدمة المسجد: إذا أحدث فسادا أ إباقا لم أر بأسا أن يباع ويشترى بثمنه مثله يقوم مقامه، ويكون مكانه؛ قاله ابن الماحشون ومطرف وابن عبدالحكم وأصبغ.

مسألة: وفى «المتيطيـة» عن كتاب ابن حبيب قـال مطرف فى منزل حبس على المساكين، فرفع إلى قاضٍ فجهل فباعه وفرق ثمنه على المساكين، ثم رفع ذلك إلى قاض غيره بعده: أرى أن يفسخ البيع ويرد المنزل حـبسا ويدفع الثمن للمشترى من غلة الحبس ولا شـىء على القاضى، لأن خطأ الإمام فى الأصـول على الاجتـهاد هدر.

مسألة: ومن كسر خشـبا من خشب الحبس فعليه أن يرد البنيـان والخشب كما كان، ولا تؤخذ منه القـيمة خوفا من أن تؤخـذ القيمة فلا يرد على حـاله فيؤدى ذلك إلى تغيير هيئة الحـبس عن الأول؛ من «ابن سهل» فى «مسألة وكيل باع على يتيم أمواله».

فرع: فيما وقع فى «باب العتق».

مسألة: وإذا مثل الرجل رقيقه عمـدا مثلة تشينه عتق عليه، والدليل على ذلك ما قاله مـالك -رحمه الله: بلغنى أن عمر بن الخـطاب -رضى الله عنه- أعتق أمة ضربتها سيدتها بنار فأصابتهـا، قال ابن وهب: وضرب عمر سيدتها، وأعتق عمر أيضا أمة رجل أحمى وأقعدها عليه فأحـرق فرجها، وجاء أنه ﷺ أعتق بالمثلة قال ابن راشد: ولا شك أن المثلة إن كـانت بإبانة عضـو وإفساده، أو أنزل به مـا شوه خلقته وساء منظره، وكان ذلك مما لا يزول ولا يعود لهيئته فهو شين يوجب العتق إذا فعله عمدا.

مسألة: قال ابن عبدالسلام: ظاهر كلام ابن الحاجب وغيره أنه يكفى فى العمد قصده إلى الضـرب، وقال عيسى فى «شرح ابن مزين»: ولا يكون مـثلة برميه أو ضربه وإن عـامدا لذلك، إلا أن يكون عـامدا للمثلة مـثل أن يضجـعه فيـمثل به وصححه اللخمى.

فرع: قال سحنون: إذا ضرب رأسه فنزل الماء فى عينيه لم يعتق عليه.

فرع: قال ابن راشد: ولو حذفه بسيف أو سكين فأبان بذلك منه عضوا لم يعتق بذلك، وإنما يعتق بمثل ما يستقاد للإبن من أبيه، لأن الغالب من الإنسان الشفقة على ماله، وقد يزيد تهديده بذلك، ولا يريد خروجه عن ملكه بالعتق بالمثلة، وقد يريد المثلة الخفيفة قال: ولو كان الشين يسيرا أو كثيرا ولكنه يعود لهيئة فلا عتق عليه.

فرع: وإذا وقعت المثلة خطأ فلا عتق عليه وإنما يكون مع العمد، فإن احتمل فعله الأمرين أحلف ما أراد ذلك وترك.

مسألة: ويشترط فى الممثل بعبده أن يكون بالغا عاقلا حرا رشيدا مسلما لا دين عليه، وفى مثلة السفيه قولان وفى مثلة الذمى بعبده الذمى قولان.

فرع: وقطع الأذن وشقها وقطع الأنملة والظفر ووسم وجهه بالنار شين، ووسم ذراعه بالنار ليس بشين، وفى وسم وجهه بغير نار قولان، وقلع الأسنان وسحلها بالمبرد شين، وفى السن الواحدة قولان، وحلق رأس الأمة ولحية العبد ليس بشين إلا فى التاجر المحترم والأمة الرفيعة.

فرع: ما ذكره من الحكم فى قلع الأسنان لا يجرى فى الرحا، فلو قلع رحا أو اثنتين فلا يعتق بذلك، لأن شين ذلك غير ظاهر.

فرع: قال ابن القاسم: لا يعتق بالمثلة إلا بالحكم، وقال أشهب: يعتق بالمثلة، وقال ابن عبدالحكم: المثلة المشهورة لا تفتقر إلى الحكم، وأما ما يشك فيه فلابد من الحاكم، لأن الحاكم يجتهد فى ذلك هل مما يوجب العتق أم لا؟

مسألة: ووقع فى «المستخرجة» فيمن فرعبده إلى العدو فغزا المسلمون تلك البلدة فرآه سيده فى جيش العدو فقال سيده لشهود من المسلمين: إنى أريد أن أدعوه إلى الخروج والرجوع معى على أن أعتقه، وأنا غير ملتزم لذلك وإنما أريد استخراجه، ثم قال للعبد: أخرج إلى وأنت حر، فسئل مالك عن ذلك فقال: لا يلزم السيد العتق والمملوك رقيق.

فصل: ومما وقع فى «باب الكتابة»:

مسألة: وإذا كوتب عبيد كتابة واحدة فبعضهم حميل عن بعض، فإن قال بعضهم: عجزت وألقى بيده، فإن لأصحابه أن يستعملوه فيما يطيق من العمل ويستعينون بذلك فى كتابتهم حتى يعتق بعتقهم أو يرق برقهم، وكذلك لو كان معه ولد فى الكتابة فليس له تعجيز نفسه، ويؤخذ بالسعى عليهم صاغرا مقهورا وإن ظهر منه لدد يعاقب؛ انظر «الباجى».

فصل: ومما وقع فى «باب الوصايا».

مسألة: إذا شهد على الموصى أنه قصد الإضرار بما أوصى به بطلت وصيته، ولو أوصى لغير وارث؛ من الزيادات الملحقة من «معين الحكام».

مسألة: إذا كان تحت يد الأب لولده أو الوصى لمحجوره مال وعلى الصغير دين، فادعى الأب أو الوصى نفاد المال الذى تحت يده ولم يعلم نفاده واتهم على كتمه، فإنه يحبس ولا يقبل قوله لأنه ادعى خلاف الظاهر، ويشهد لذلك ما تقدم فى أول قصة مال حيى بن أخطب، الذى عوقب بسببه كنانة بن الربيع لما ادعى أنه أذهبته النفقات والحروب، فقال له النبى ﷺ: «العهد قريب والمال كثير» وأمر بعقوبته.

مسألة: قال مالك فى رجل أوصى إلى زوجته فتزوجت، فخيف على المال فإنها تكشف عما قبلها، وإن كان لا لبس بحالها لم تكشف وإن عزلت الولد فى بيت وأقامت لهم خادما، ومن يصلحهم فهى أولى بهم، وإن لم تفعل عزلوا عنها، وقال ابن القاسم: إن كان المال كثيرا وخيف من ناحيتها نزع منها، وإن رضى حالها وكان المال يسيرا لم يؤخذ منها، قال محمد: ولم تكشف وهى على الوصية على كل حال، ولو قال الميت: إن تزوجت فانزعوا الولد منها وأرادت النكاح، فإن عزلتهم فى مكان عندها مع خادم ونفقة فهى أولى بهم، وإلا نزعوا منها، فى «الطرر»: إذا علم أنها صالحة الحال وافرة المال ظاهرة السداد حسنة النظر لمحجورها، بعد أن أقرت أن تحصى المال عندها بالإشارة عليه، فإن جهل حالها شرك معها فى النظر غيرها، ويكون المال عنده ولم يترك عندها، لأن المرأة إذا تزوجت غلبت على جل أمرها، ولا تعزل بالتزويج عن الإيصاء إلا أن يثبت عليها ما يوجب ذلك.

فرع: ولو أسند الوصية إليها على أنها لا تتزوج فتزوجت فسخت الوصية، قال ابن القاسم: وكذلك لو أوصى لأم ولده بألف درهم على أنها لا تتزوج، فإن تزوجت أخذت منها.

مسألة: قال أصبغ: إن كان الوصى غير عدل وهو ممن يرجى منه حسن النظر كالقريب والمولى وشبه ذلك، فأرى أن يجعل معه غيره ويكون المال بيد الشريك؛ وقاله مطرف وابن الماجشون، وقيل: يعزل.

مسألة: قال بعض الأندلسيين: إذا أوصى بتنفيذ ثلثه لفاسق أو سارق، لم يكن للقاضى عزله لكن يطالبه بالإشهاد على تنفيذه.

مسألة: لو تبين للقاضى جناية الوصى سقطت ولايته، ويقدم القاضى غيره، فإن كان معه شريك، فقال مالك: إذا عزل أحد الوصيين لجناية فلا يجعل مع الآخر غيره إلا أن يضعف، وروى عنه أنه يجعل معه غيره، وإليه مال سحنون.

مسألة: إذا شهد على الوصى أنه بور أرض اليتيم وأخذ لنفسه الزريعة، فإن شهدوا عليه بمبلغها أخذ بمثل ذلك إلا أن يتبين أنه صرفها فى نفقة اليتيم، وإن لم يعلموا كيلها صدق مع يمينه فى مبلغها، فإن أنكر شهادتهم وهم لا يعرفون مكيلتها، كلف الإقرار على كل حال وضيق عليه بالسجن والأدب الموجع الشديد حتى يقر، وإن دام على الإنكار ولم يحقق الشهود قليلا ولا كثيرا من كيل الزريعة حلف على ذلك وخلى سبيله؛ وتمامها فى «أحكام ابن سهل» ومسائل من هذا المعنى.

مسألة: وأما فسق الوصى فموجب للعزل، وقال المخزومى: ليس للقاضى عزله ولكن يجعل معه غيره.

مسألة: وإذا قام محتسب وطلب أن يكشف حجر الوصى لم يكن له ذلك إلا أن يكون الوصى لا مال له، أو عليه دين يخشى أن يقضيه من مال محجوره، ولا وفاء عنده وشبه ذلك، وهذا إذا كان أصل المال عنده معروفا، فإن لم يكن معروفا وجب تعرف قدر ما عنده، وكذلك الأب فى ولده الصغير حكاه فى «الطرر».

مسألة: وإذا اتهم القاضى الأوصياء نزع المال وجعله عند غيرهم، قال أصبغ: ولم يكن لهم فيه نظر وكان ذلك عزلا لهم، وكذلك إذا اختلفوا فإنه يجعله عند غيرهم،

قال بعضهم: والأحسن فى ذلك عند الاختلاف أن يجعله القاضى عند أمين ويأمرهما جميعا بأن ينفذاه فى وجهه من غير أن ينفرد به أحدهما دون صاحبه.

مسألة: وإذا عزل القاضى الوصى لجرحة، فأراد المولى عليه أن يكشف الوصى عما كان له بيده فله ذلك، ويسأل الوصى عن ذلك، فإن رد بإقرار أو إنكار قيد القاضى ذلك عليه، وإن أبى من الرد بإقرار، فإن المروى عن مالك أنه يحمل السوط عليه حتى ينكر أو يقر، وقال أصبغ: يقال له إن تماديت على امتناعك قضينا لصاحبك عليك بما يدعيه مع يمينه؛ من «أحكام ابن سهل».

مسألة: وإذا كان للمحجور جنات تحتاج إلى سقى وعلاج ففرط فيها الوصى أو الناظر له حتى فسدت، فإنه يضمن ذلك لتفريطه فيها وإهمالها؛ قاله صاحب «الطرر» وذكرها ابن سهل فى «باب مسائل المحجور» بأبسط من هذا، وأنه يؤدب.

مسألة: وإذا تصدق على المحجور بشىء وقبضه الوصى فقام وارثه وطلب أن يأخذ نسخة عقد الصدقة فقال بعض الأشياخ: ليس له أن يستكشف الوصى عما بيده ولا يأخذ نسخ عقوده، وعلى الوصى أن يشهد لمحجوره لماله بيده، فإن أبى أجبره الحاكم.

مسألة: وإذا علم الوصى بأن فى ذمة الموصى دينا أو حقا وأمكنه إيصال ذلك إلى ربه أوصله إليه، وإن لم يمكنه ذلك رفع ذلك إلى الحكام وكان شاهدًا لصاحب الحق.

فصل: ومما وقع فى «باب المواريث»:

مسألة: ولا يرث قاتل العمد من المال ولا من الدية عقوبة له، ويرث قاتل الخطأ من المال دون الدية، قال القاضى أبو محمد عبدالوهاب: وإنما قلنا قاتل العمد لا يرث لقوله ﷺ: «**ليس لقاتل شىء**»، وروى: «**ليس لقاتل ميراث**»، ولأن التهمة تؤثر فى الميراث فى الإدخال والإخراج، والقاتل عمدا متهم باستعجال الميراث فمنع منه وعومل بنقيض ما اتهم به من الاستعجال، ومما يدل على أن التهمة تؤثر فى الإدخال والإخراج، أن المتزوج فى المرض المخوف يفسخ نكاحه ولا ترثه زوجته للتهمة بإدخال وارث للضرر.

مسألة: وكذلك إذا تزوج مريضة فإنه يفسخ النكاح ولا يرثها إن ماتت لأنها تتهم بإدخال وارث للضرر.

مسألة: وكذلك إن طلق زوجته بالثلاث فى مرضه ثم مات ورثته، لأنه يتهم أنه أراد إخراجها من الميراث فعوقب بنقيض مقصوده.

مسألة: وكذلك الأعاجم إذا سبوا لم يقبل قولهم فى أنسابهم فى باب التوارث إلا مع قيام البنية، فأما بقول القائل منهم: هذا أخى، وشبه ذلك فلا يقبل، لأنهم يتهمون فى إرادة قطع استحقاقنا لإرثهم، فتبين تأثير التهمة فى الإدخال والإخراج فى المواريث.

مسألة: قاتل الخطأ لا يرث من الدية لأن الدية واجبة عليه لجنايته، والعاقلة تحملها عنه تخفيفا ولا يجوز أن يجنى جناية يستحق بها مالا لأن الجناية إن لم تلزمه مالا، فلا أقل من أن لا تفيد استجلاب مال.

مسألة: وكذلك اللعان يقطع التوارث بين الأب والولد، لأنه قطع لنسب الولد منه فقطع التوارث بينهما وبقى الإرث بينه وبين أمه.

مسألة: ومن ذلك العلامات التى لا يعرف بها الخنثى المشكل وهى أنه إن كان كبيرا فإنه يأمر أن يبول إلى حائط أو من فوق حائط، فإن ضرب بوله الحائط أو كان جالسا فوقه فخرج بوله عن الحائط فهو ذكر، وإن أسلس بين فخذيه فهو أنثى، وإن كان صغيرا فإنه يكشف عن عورته وينظر إلى مباله، وذكروا غير ذلك من العلامات الدالة على تميز الذكر من الأنثى يطول ذكرها.

*****

الفصل العاشر

فى الجنايات

وهى: الجناية على النفس، والجناية على العقل، والجناية على المال، والجناية على النسب، والجناية على العرض، وجناية المحاربين، والجناية فى الأديان، ويندرج فى ذلك: حكم الخوارج والردة، وحكم الزنديق، وحكم من سب الله تعالى والملائكة والأنبياء والصحابة، وحكم الساحر، وحكم العائن، والكلام هنا فى الجناية على النفس فهى على قسمين:

الأول: فى القتل، **الثانى**: فى الجراح والأطراف، **الثالث**: فى القتل وهو ضربان عمد وخطأ الأول فى العمد، ولا خلاف فى أن قتل النفس حرام، وقد شرع فيه القصاص للحكمة التى ذكرها الله تعالى فى كتابه العزيز فى قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]، ثم القصاص يتوقف على وجود السبب والشرط وانتفاء المانع، فالسبب فى القتل العمد العدوان المحض العمد يخرج الخطأ، والعدوان يخرج الاستيفاء ويخرج من كان غريقا ثم ألقاه خوفا على نفسه، وبالمحض يخرج شبه العمد وهو خاص بالآباء مع الأبناء، والسبب أن يفعل فعلا ينشأ عنه الموت، كمنعه من الطعام والشراب، وكإلقاء السم فى طعامه، وكسحره حتى يموت وأشباه ذلك.

وأما الشرط فيشتمل على أربعة أشياء:

الأول: أن يكون القاتل ملتزما لأحكامنا فلا قصاص على المحارب من الكفار.

الثانى: أن يكون عاقلا.

الثالث: أن يكون المقتول لم يأذن لقاتله فى القتل.

الرابع: أن يكون القتيل معصوم الدم.

وأما الموانع فخمسة عشر:

الأول: شرف الدين: فلا يقتل مسلم بكافر.

الثانى: الأبوة: فلا يقتل الأب بولده إلا أن يضجعه ويذبحه، وكذلك الأم والأجداد.

الثالث: شرف الحرية: فلا يقتل حر بعبد.

الرابع: تعذر إظهار القاتل مثل أن تشهد جماعة على الرجل بالقتل فيدخل فى جماعة فلا يعرف، فيحلف كل واحد منهم خمسين يمينا أو يغرمون الدية بغير قسامة، قال سحنون: لا شىء عليهم لبطلان الشهادة.

الخامس: دعوى الولى خلاف ما قاله المقتول عمدا أو خطأ.

السادس: أن يظهر اللوث فى أصل القتل دون وصفه، مثل أن يقول: قتلنى فلان ولم يقل عمدا ولا خطأ، فقال بعض الأولياء: عمدا، وقال بعضهم: خطأ؛ مانع من القتل.

السابع: إقامة المدعى عليه البينة أنه كان غائبا حين القتل.

الثامن: نكول الأولياء عن القسامة.

التاسع: رجوع المدمى من التدمية.

العاشر: اختيار الأولياء الواحد من الجماعة المدمى عليهم، وذلك مسقط القتل عن بقيتهم.

الحادى عشر: عفو المجنى عليه.

الثانى عشر: صحة المدمى صحة بينة.

الثالث عشر: عفو بعض المستحقين للدم.

الرابع عشر: ميراث القاتل بعض دمه، كرجل قتل أباه فاستحق دمه أخوته فمات أحدهم.

الخامس عشر: أن يكون الولى ابنًا، وقد قال مالك: يكره له أن يحلفه فكيف بقتله؟

الضرب الثانى: فى قتل الخطأ وهو الفعل بغير قصد، إما مباشرة كسقوط عليه،

أو تقلب المرأة على ولدها وهو نائمة وشبه ذلك، وإما تسببا كإهمال العثول وإهمال الحائط المائل ونحو ذلك.

فصل: ويثبت قتل العمد والخطأ بالبينة وبالإقرار وبالقسامة مع اللوث، ويترتب عليهما شيئان، أما العمد فيترتب عليه القود إن طلبه الأولياء، والضرب والسجن إن عفوا، وإن منع مانع من القتل من عفو أو عدم مساواة كالمسلم يقتل الكافر، والحر يقتل العبد، والعبد يقتل الحر فيسترق، وكجماعة أقسم الأولياء على أحدهم، ففى ذلك كله ضرب مائة وسجن عام، وإن كان أحد أبوين على المشهور، وقال أصبغ: يجلد العبد والأمة ولا يسجنان، ومبدأ السنة فى السجن من يوم العفو سوى ما مضى من سجنه قبل ثبوت الدم عليه وأما قتل الخطأ فيترتب عليه الكفارة والدية وأما الكفارة فتحرير رقبة مؤمنة سليمة من العيوب محررة له خلية من شوائب العتق، وإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يقدر انتظر القدرة، وأما الدية فى النفس الكاملة إن كان الجانى من أهل العمود فمائة من الإبل مخمسة عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حلقة وعشرون جذعة وعشرون ابن لبون، وإن كان من أهل الذهب كأهل الشام ومصر وأهل المغرب فألف دينار، وإن كان من أهل الورق كالعراق وفارس وخراسان فإثنا عشر ألفا فضة خالصة، وأما النفس الناقصة فهو الجنين مضغة كان أو غيرها، ففيه الغرة إن كان حرا مسلما ونصف الغرة إن كان حرا ذميًا، وفى جنين الرقيق عشر قيمة الأم، ودية المرأة نصف دية الرجل، وكذلك اليهودى والنصرانى ودية المجوسى ثمانمائة درهم، ودية نساء كل صنف نصف دية رجالهم.

القسم الثانى
فى الجراح والأطراف والمنافع
وهو ينقسم إلى عمد وخطأ

أما العمد: فموجبه القصاص والأدب إذا أمن من تناهيه إلى الموت، وكل شخصين يجرى بينهما القصاص فى النفس يجرى بينهما القصاص والأدب فى الجراح، وكذلك أربعة جرح وكسر وإبانة عضو وإزالة منفعة، والجراح تسعة

مشهورة وذكر القصاص فيها معلوم، والكسر المراد به هاشمة الجسد والقصاص منه فيما كان منه غير مخوف، كعظم العضد دون الفخذ، وعظام الصدر والعنق والصلب وإبانة عضو فيه القصاص ما لم يكن مخوفا، وإزالة المنفعة كالسمع والبصر والعقل والشم والصوت والذوق وقوة الجماع، ومنفعة الجلوس والنطق، فهذه عشرة والواجب فيها مقدر معلوم.

وأما ما يتعذر فيه العدل فى القصاص، كنقصان بعض العقل وبعض السمع وبعض البصر، وما أشبه ذلك مما لا يوصل فيه إلى حقيقة المثل، فما كان من ذلك على وجه العمد وفى خطئه عقل مسمى ففيه ذلك العقل، وما لم يكن له عقل مسمى ففيه حكومة، من «تنبيه الحكام»، وأما الخطأ فالواجب فيه الدية أو الحكومة على ما هو مفصل فى كتب الفقه، وبسط هذا الباب وذكر المقدرات وما فيها، وأحكام كل قسم من هذا الباب يخرجنا عن المقصود، والغرض هنا ذكر مسائل تتعلق بالسياسة.

فصل
فى أحكام الجراح وما يتعلق بها

وقد تقدم الكلام فى مسائل اللوث والقسامة، ونذكر هنا بعض مسائل التدمية والدعاوى فى هذا الباب:

مسألة: وفى «الطرر»: وإذا أدمى الرجل على جماعة سجنوا كلهم لأنه لا يعلم على من يقسم منهم ولا يكون للورثة أن يقسموا إلا على واحد ويقتلونه، مضت بذلك السنة وليس لهم أن يحلفوا ثم يتخيروا، وإنما يقال لهم: احلفوا على من شئتم واقتلوه، ويضرب الآخرون مائة كل واحد ويسجنون عاما إذا مات المقتول مطلقين من غير حديد.

وروى عن أشهب أنهم يقسمون على الجميع ولا يقتلون إلا واحد يختارونه، وإنما وجب السجن عقوبة لأنه لما زال عنه القتل، حلت عليه العقوبة ووجب سجنه عاما، فإن كان جريحا أو مريضا سجنوا محددين وهى رواية أبى زيد، عن ابن الماجشون قال: لابد للمسجون فى الدم من الحديد حتى يرى ما يكون، فإن سقط

عنه الدم لعفوٍ أو قسـامة على غيره، أطلقه الإمام من الحـديد وضربه مائة وسجنه عاما مستقبلا من غير حديد، وكذا فى «مختصر الواضحة».

مسألة: وفى «الطرر» عن ابن مزين فى المرأة تدمى على زوجها أنه لا يقام عليه فى ذلك القود، لأن الرجل يجوز له أن يضرب زوجته فيما أذن الله أن يضربها فيه حيث قال تعالى: ﴿فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] وقد يأتى من ذلك مـا يتصل بالموت وقـال الله عز وجل: ﴿فَوَكَزَهُ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ﴾ [القصص: ١٥]، فلما أبيح له ضربها فيمـا يجوز أن يضربها فيه، سقطت عنه تدميـتهـا لأن الذى تريد أن تدمى به قـد كان أصله الضـرب الذى أجازه الله تعالى، والقود مـن أجل الحدود، ولا يقام القود والحدود إلا بأمـر بين لقوله ﷺ **«ادرءوا الحدود بالشبهات»**، قال يحيى بن مـزين: وهذا الذى علمناه من مشايخنا الذى حملنا عنهم من أهل العلم والفقه.

فرع: قال ابن حبـيب: وقد أجاز الله تعالى للرجل ضرب نـسائه عند النشوز، فإذا أصاب أحداهن من ضـرب زوجها فقء عين أو كسر سن أو شـجة لها عقل، أنه لعقل ذلك ضـامن، إلا أنه لا قصاص فى ذلك إن تعمـد ضربها ما لم يتـعمد فقء عينها فكذلك معلم الصبيان يضرب أحدهم فيما يجوز له ضربه، فيصيبه بعود الدرّة أو بطرف شراكها فيصيب عينه فيفقؤها، أنه لعقل ذلك ضامن، ولا قصاص عليه إن تعمد ضربه الذى جاز له من تأديبه، من «المقرّب».

وقال المشـاور: إن أدب الرجل زوجتـه أو المعلم صبـيانه فى ذنب اسـتحـقا به الأدب، فلكز أو لطم فمـاتا لم يكن عليهما شىء، وإن ضـربا ففقأ عـينا أو كسر ضرسا فعليهما العقل، لأن فعلهـما آل إلى ما لم يؤذن لهما فيه وقول الصالح فى الأدب مقبول؛ من «الطرر».

مسـألة: قال أبو زيد بن إبراهيـم: إن من ادعى على رجل أنه جرحه أو شـجه ولا بينة له، سجن حتى يعرف ما يصيـر إليه، فإن برئ وعفى عنه فلابد للسلطان أن يستحلفه أنه لم يجرحه، فإن حلف خلى سبيله، فإن لم يحلف أو أقر أدبه فيما اجترأ عليه.

فرع: وإن قال المجروح: ليس هذا الذى جرحنى أو شبه على، فليس ينجو من سجن السلطان إلا أن يحلف أنه لـم يفعل أو يقر أو يأبى اليمـين، وإلا فلابد من اليمين أو الأدب، أما لو قال المدمى فلان أو فلان شك فى أحدهما بطلت التدمية.

فرع: وكذا لو ادعى على رجل ولا بينة له ولا لطخ بما يخاف منه الموت، فلابد من سجنه حتى يعرف أمره لأن القسامـة تجب فيه، حكى عن ابن الماجشون، وقال أصبغ: لا سجن إلا بشبهة أو لطخ، وليس الجرح كالنفس إذا قال: دمى عند فلان فذلك يسـجن لأنه يستحق القـسامة بموته، والأول لم يسـتحق إلا بشبـهة أو لطخ بين.

تنبيه: قال ابن العطـار: ولقد استطال بمذهب مـالك -رحمـه الله- أهل الشر والبطالة على أهل العـافية والانقـباض والصيانـة، وجعلوا التدمـية جنة لهم وربما بطلت به الحقـوق، فإذا طلب الرجل منهم بدين أو بوجه من وجـوه الحق، تراقد وتمارض وقال: دمى عند فـلان، حتى يفتـدى الطالب بالدين منه بماله عنده، لأنه يصدق وهـو بهذه الحال فـى تلف مهـجة آخر، ولو قـال أروع الناس فى مـرضه وخلال نزعه: لـى عند فلان درهم واحد، لم يصدق ولم يؤخـذ بقوله وإنما يجب عليـه اليمين فى إنـكار دعواه، ولو أن قائـلا قال لا يصدق فى مـثل هذا إلا أهل الفضل المشهور والورع المعروف، إذا ادعوا على من تأخذه الظنة وتقرب منه التهمة لكان حسنا من القـول، ومن حجة مـالك فى قبول ذلك أن فـاعل هذا إنما يطلب مواضع الخلـوات وأوقات الغفـلات لئلا يرى، ومن جـهة أن أحدًا لا يـقول عند الموت إلا حقا، وخالف مالكا فى ذلك محمد بن عبدالحكم وقال: لا يقبل قوله، واحتج بقول مـالك فى التى ادعت أن رجلا صالحـا استكرهها فقد قـال مالك فى تلك: لا يقبل قولها وأوجب حدها، ويقول محمد بن عبدالحكم أخذ عبيد الله بن يحيى الليثى، وقـد تقدم فى «باب القضاء باللوث فى الدمـاء» ما وقع للشيخ أبى بكر اللؤلؤى فى التدمية ورجوعه عن الفتوى بها.

مسألة: قال الأبهرى: من أخذ فى تهمة قتل فاعترف عند السلطان بغير ضرب، ثم أخرج المقتول من بئر أو مدفن، فلما أمـر به ليقتل قال: ما قتلته، ولكنى رأيت من قتله قـتل ولا ينفعه إنكاره، وكـذلك السارق لأن حكم الإقرار قـد ثبت عليه

ولزمه، فلا ينفعه رجوعه بعد إقراره ولا يدفع عنه ما لزمه من القتل كالمال يقر به ثم ينكر.

فرع: ومن اتهم بقتل نفس بأخذ فاعترف بلا محنة، ثم سجن ثم أخرج للقتل فقال: إنما اعترفت خوفا من الضرب وأعوذ بالله أن أقتله، لم يقبل قوله إلا أن يأتى بأمر معروف، لأن الإقرار قد لزم كلزوم الإقرار بالدين، لأن الدم حق الآدمى كالدين.

تنبيه: ولو عفى عنه لم يكن عليه سجن سنة وجلد مائة، والله أعلم؛ من «الطرر».

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل» عن مالك -رحمه الله: فى رجلين شهدا أنه حضر بهما ثلاثة رجال يحملون خشبة ومعهم صبى وهو ابن لأحدهم، فلما غابوا عنهما سمعا وقع الخشبة فى الأرض وبكاء الصبى، فاتبعاهم فوجدا الخشبة فى الأرض والصبى فى حجر أبيه فى اللوث ومات من ساعته، إنها شهادة قاطعة تجب بها الدية على عواقلهم، وإن لم يشهدوا بالمعاينة.

فرع: قال ابن القاسم: ومثلها أنهما لو شهدا أنهما رأيا رجلا خرج مستسرا من دار فى حال رثة فاستنكرا ذلك، فدخل العدول من ساعتهم الدار، فوجدوا قتيلا يسيل دمه ولا أحد فى الدار غيره وغير الخارج، فهذه شهادة جائزة يقطع الحكم بها وإن لم تكن مع المعاينة.

فرع: ومثل ذلك لو رأى العدول المتهم يجرد المقتول ويعريه، وإن لم يروه حين أصابه، فإن هذا لوث تجب معه القسامة بخلاف المسألتين الأوليين فإنهما شهادة تامة صدرت من حاكم إلى الفقهاء يستشيرهم فيما يأخذ به، وذكر أنه يأتيه الرجل بنفسه يزعم أن فلانا تولى ضربه وعفج بطنه، حتى صار بذلك فى موقف الموت، أو يأتى وليه عنه بمثل ذلك ويدعو إلى السماع من بينة على ذلك ويطلب القيام بذلك حبس المدعى عليه، وقد يأتيه رجل آخر يدعى على رجل وبه جراحات غليظة مخوفة، وقد يأتيه رجل آخر عليه جرح سهل قد أسال دمه فأجابوه: بأن الذى نقول به أن الزمان فسد وإن هذه الحالة إنما يسرع إليها من لا خشية تمنعه من

ركوب الباطل، وينبغى أن تسلك حالة يكون فيها خلاص لك -إن شاء الله- وأداء للحق إلى ذوى الحقوق.

فمن جاءك وعليه جرح مخوفة، فاحبس المدمى عليه حتى يصح المجروح أو يتبين حالة يجب بها إطلاقه.

ومن جاء معافىً من الجراح يدعى على رجل ضربا مؤلما قد بلغ منه مبلغ الخوف على نفسه بغير سبب ظاهر، فألزم القيام بالبينة على دعواه، فإن أثبت تعدى المدعى عيه ولم يكن عند المدعى عليه مدفع فى البينة فعزره، وإن رأيت حبسه فذلك إليك على ما يظهر لك من شناعة ما ثبت عليه.

ومن جاءك بجرح خفيف وهو ممن يظن أنه يفعل هذا بنفسه فاسلك به سبيل من جاءك معافىً من الجراح، فإذا نظرت بهذه الطريقة كان نظرا يدفع الله به أهل الشر ويدرأ به البطش وينفع به العامة ويذب به عن دمائهم وأموالهم -إن شاء الله تعالى- قال بذلك محمد بن عمر بن لبابة وابن غالب وابن وليد وابن معاذ، وقال ابن أيوب بن سليمان، إلا فى المدعى الضرب المؤلم غير الظاهر أو الجرح الخفيف.

فإنه إن ادعى على من يشبه أنه يدعى عليه بذلك فإنه يحبس المدعى عليه بالبينة على ذلك، وإن لم يدعه على من يشبه ذلك فكما قال أصحابه، وقال يحيى بن عبيد الله: إذا قصد رجلا فاضلا قد عرف بالخير لا يقارف الدماء فإنى أبطل التدمية ولست أقبلها منه، قال محمد: وما عندى بينهما فرق وصدق -إن شاء الله- قال القاضى أبو الأصبغ ترك يحيى بن عبيد الله المصير إلى قول ابن القاسم وغيره، والوقوف عنده والفتوى به.

وصار إلى قول الشافعى فى كثير من مسائله، وكان يجب أن يذكر المشهور ويختار قول من رأى الحق فى قوله: وأما أن يعرض عن مشهور المذهب ويتعدى إلى غيره فذلك تقصير، وما أظن إلا أنه غاب عنه قول ابن القاسم وغيره، والمنصوص أنه قيل: دمى عند فلان؟ فسمى رجلا أورع أهل تلك البلاد ممن لا يتهم فى الدماء ولا غيرها، وليس هو مشهورا بشىء من الشر، قال: لم أسمع مالكا يحاشى أحدا من أحد ورأى أنه مصدق فى كل من ادعى عليه، ولم يذكر لنا

مالك كان المقتول مسخوطا أو غير مسخوط، وهو سواء، وليس كالشاهد لأنه ليس يتهم، والمرأة كالرجال فى ذلك فى العمد والخطأ وفى ذلك القسامة.

فرع: وفى «تفسير ابن مزين» قال: وسألته يريد عيسى بن دينار عن صفة الضرب الذى إذا ادعاه الرجل أنه ضرب به أو قامت به بينة وجبت القسامة، قال: الضرب كله قلت: أمن ذلك اللطمة؟ قال: نعم، قال الله تعالى: ﴿**فَوَكَزَهُ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ**﴾ [القصص: ١٥] قلت: فإن ادعى أن فلانا ضربه، ومن ضربه يموت وليس به أثر ضرب فى شىء من جسد قليل ولا كثير؟ قال: يحمل من ذلك ما يحمل وتكون فيه القسامة على سنتها قلت: وإن لم يعلم منازعة بين المدعى والمدعى عليه، قال: وأنه أعلم بما وصل إليها من ذلك، قلت: وإن رمى بذلك صالحا من الناس لا يتهم بشىء قال: وإن رمى بذلك خير الناس حالا فربما حدثت البلايا وربما كان الضرب الذى يخفى أثره وهو يكيد صاحبه، فالقسامة تجب بقوله، ويدين من ذلك ما يدين، وأصدق ما يكون المرء عند نزول الموت وفراق الدنيا، وقال أصبغ: من قال سقانى فلان سما ومنه أموت أقسم على قوله ووجب القود وفى «العتبية» فى آخر «سماع عيسى» عن ابن القاسم: لا قسامة فى مثل هذا إلا فى الضرب المشهود عليه، وآثار البينة من الجراح وأثر الضرب، وفى «أحكام ابن سهل» كثير من هذه المسائل بالوقائع النادرة.

مسألة: من أتى القاضى متعلقا برجل يرميه بدم وليه، وأنه أحق الناس بالقيام بدمه فيحتاج أن يثبت أنه ولى الدم، فإذا ثبت تعدده من المدعى سأله القاضى: هل له بينة على دعواه؟ فإن أدعى ثبوت ذلك من يومه أو من الغد أمر القاضى بحبس المدعى عليه، وإن أثبت التعدد ولم تحضر بينة على الدم فهو فى حبسه على ضربين، إن كان المدعى عليه متهما حبس خمسة عشر يوما إلى الثلاثين فى رواية ابن زونان عبدالملك بن الحسن، وإن كان غير متهم فاليومين أو نحوهما، فإن أتى طالب الدم فى آخر المدة بسبب قوى سقط ووجبت الزيادة فى حبسه على ما يراه القاضى مما يرجى به تحقيق الدعوى أو غير ذلك، هذا الذى يجب النظر به.

مسألة: وفى «كتاب ابن حبيب» سمعت مطرفا يقول: من ادعى على رجل أنه شجه أو ضربه ضربا يخاف منه على نفسه، وقد عرفت العداوة بينهما فلا يحبس

المدعى عليه بقول المدعى، إلا أن يأتى بلطخ بين وشبهة قوية، أو يكون المدعى بحالة يخاف عليه فيها الموت، وقد أشرنا بذلك على حكامنا فحكموا به، وقاله ابن الماجشون وأصبغ.

مسألة: رجل شهد عليه لوث من بينة لم يعرف أحد منهم أنه رمى حجرًا، فمضى الحجر علوا حتى واقع امرأة مجهولة الموضع لا يعلم لها ولى فماتت من ساعتها، ولم ترم أحدا بدمها، فرفع ذلك إلى القاضى فحضر المدعى والقوم الذين زعموا أنهم عاينوا رميه، فكشف القاضى عن رميته هل كانت عمدا أو خطأ؟ فلم يعلموا ذلك فحبسه القاضى مدة شهر ونصف، فسأله المحبوس النظر فى أمره مما يجب له وعليه وهو ينكر الرمية المنسوبة إليه فاستشار الحكم الفقهاء فأجابوا: بأن اللوث مختلف فيه فقد قالوا هو الشاهد العدل، وقال بعضهم: يثبت بشهادة غير العدول، وقد حبسه مثبتا فى أمره وطالبا لولى إن كان لها وهذا صواب، وبعد أن طال الحبس هكذا ولم يأت ولى وجهلت الرمية فلم يعلم هل كانت عمدا أو خطأ فالصواب عندنا أن يؤخذ بقول من ألغى شهادة غير العدول، وأخذ فى اللوث بأنه الشاهد العدل، وإذا تقررت هذا لم يجب على هذا شىء إلا أن يتعدل من الشهود واحد، وإن كانوا ممن لا يرجى فيهم تعديل رأينا استحسانا أن يحلف بالله تعالى ما رمى هذه الرمية ولا كان ما قاله الشهود، قال بذلك محمد بن غانم.

ومن تمام جواب محمد بن غانم وإن أخذت فى اللوث باللفيف وقام بذلك ثابت النسب، أقسم عليه وكانت الدية على عاقلته والذى أختاره من ذلك أن اللوث الشاهد العدل.

وقال ابن لبابة: إذا ثبت لها ولىّ كان القول ما قاله أبو عبدالله بن غانم، وإن لم يثبت لها ولى لم يكن فيها شىء، لأنه لا يكون قسامة لمن لا ولىّ له، وإنما يثبت بشهادة عدلين وبذلك قال ابن القاسم، والذى ذهب إليه ابن غالب من الاستظهار باليمين، إن كان أراد يمينا واحدة فمشكل، لأن الدماء لا تندفع إلا بخمسين يمينا، وهذا إذا لم يثبت لها ولى لم يكن فيها قسامة، فإذا سقطت القسامة سقط ردها ممن طلب بها.

وقال أيوب بن سليمان: أصل قول مالك فى اللوث أنه اللفيف والبينة غير العادلة، وهو الذى قاله فى كتابه وعليه جماعة أصحابه، إلا ما روى عن ابن القاسم من قوله بالشاهد العدل، فإن ثبت لهذه المرأة ولى كان هو المحلف لهذا المدمى، وإن لم يثبت لها ولى، فالمسلمون أولياؤها ووارثوها، كما يرثون مالها يرثون دمها، ولابد لهذا المحبوس من أن يحلف خمسين ما رماها عمدا، ثم تكون ديتها على عاقلته، فإن أبى عن اليمين حبس حتى يحلف، ولا يبطل دم مسلم.

وقد روى يحيى عن ابن القاسم: فى المسلم يقتل المسلم عمدا ولا ولى له إلا المسلمون، أيجوز للإمام أن يعفو عن القتل؟ قال: لا ينبغى له أن يهدر دم مسلم ولكن يستقيد له، فكما يستقيد لمن لا ولىّ له إلا المسلمون، فكذلك يستحلف هذا المحبوس.

وقال سعد بن معاذ: أى القولين أخذت به فى اللوث، رجوت أن يكون موفقا فيه -إن شاء الله تعالى- فأما اليمين يريد التى قال ابن غالب استحسانا، فإنه إذا لم يثبت لها ولى وأخذت بقول من رأى اللوث الشاهد العدل فما أرى عليه يمينا.

مسألة: رجل حبس فى دم فشهد له بأنه من أهل العفاف والطهارة واستقامة الطريقة، بعيد من الذى نسب إليه من مقارفة الدم ملازم للخير وأهله، وأن الذى وشى به بينه وبينه حقد وأمور دنيوية، وأجاب الفقهاء فى ذلك بأن الشهادة بذلك توجب الإطلاق من الحبس، لأن من قول أهل العلم فى الرجل يرمى الرجل بالدم هل يحبس؟ فقال: إن كان المدمى به متهما يحبس الشهر ونحوه، وإن كان غير متهم لم يحبس إلا اليوم واليومين، وإن لم يحقق عليه شىء أطلق، فهذا ما قالوا من غير أن يكون بينه تشهد للمدمى بالطهارة والاستقامة، فكيف وقد شهد لهذا بنفى الريبة عنه، مع ما انضاف إلى ذلك من طول حبسه أكثر من سنتين؟ فنرى أن إطلاق هذا المحبوس واجب وحق لازم، لا يحل حبسه ساعة من نهار -إن شاء الله تعالى- قال بذلك ابن لبابة وابن وليد وأيوب بن سليمان، وقال عبيد الله: إن كان لم يشهد عليه بشهادة توجب حبسه فإطلاقه واجب لا يجب حبسه.

مسألة: فى «أحكام ابن سهل» فى سجن رجل يقال له ابن نزهة فى تدمية، فأجاب الفقهاء فيها: فهمنا وفق الله القاضى ما شهد به على ابن نزهة المرمى

بالدم، بزعم الشهود الذين لم يعرف منهم أحدا، ولا شهدوا شهادة يجب بها أخذه بالدم، وفهمنا شهادة فلان عليه وما رماه به من أنه من أهل العثاية والفساد، فرأينا هذه الشهادة خاصة يجب بها حبس المدمى حبس طويلا مع تظاهر الشهادة خاصة يجب بها حبس المدمى حبسا طويلا مع تظاهر الشهادات عليه، ممن لم تعرفهم حبسا يكون كالتخليد حتى تظهر توبته، وذكرت أن له فى الحبس عامين، وأن جماعة من أهل الحبس ذكروا لك أنه من أهل الصلاة والصيام وتلاوة القرآن، وأن حاله حسنت عندهم، فإن شهدوا عندك بجماعتهم، فإنه يستوجب الإطلاق لأنه لم يحبس عن ثبوت شىء عليه.

مسألة: فى ثلاث رجال ترامـوا بدم، فقال أحدهم: إن هذين قتلا ابن عمى، وقال أحد الاثنين: إن هذا قتل ابن عمى، فأمر الحاكم بهم إلى السجن ليكشف عن حالهم، فلم يمض اليوم حتى بثوا إلى الحاكم أنا قد اصطلحنا وإنما كان شر وقع بيننا وقد تهادرنا واصطلحنا فاستشار الحاكم فيهم الفقهاء فأجابوه: بأن الذى عندنا فى أمر الثلاثة أن يطلقوا ويخلى سبيلهم، إذ قد تصالحوا وتعافوا من دعواهم، ورجعوا إلى أن ذلك كان من شر وقع بينهم، ولم يكن لما ادعوا وجه يظهر ولا سبب يدل ولا سبيل إلى حبسهم بعد هذا قاله أيوب بن سليمان، وكذلك قال يحيى بن عبدالعزيز، ومن ترك إثبات طلبه، فليس على القضاة إجباره على طلب حقه، إلا أن يكون القاضى استراب أمرهم بشاهد علمه بشىء من شأنهم، فأما إذا لم يكن ضده إلا ما كان من دعواهم فلا سبيل عليهم.

مسألة: رجل شكا بولده أنه غير بار به فحبسه الحاكم تأديبا له، ثم بعد حبسه ذكره عنه أنه قتل امرأة ولم يقله أحد من أهل العدل ولا قام أحد بدمها وإنما جرى خبر شاذ ومضى لحبسه عشرة أشهر، فطلب أبوه إطلاقه، فأفتى العلماء بأن فى دون هذا الحبس ما يؤدبه.

مسألة: رجلان قتلا أختهما وشهد بذلك عليهما، وكشف القاضى عن أمرهما فلم يختلفا أنهما قتلاها لريبة اتهماها بها، فسأل القاضى الفقهاء عما يجب عليه أن يفعله بالمشهود عليه.

فأجابه الفقهاء: إنه يجب حبسهما والكشف عما نسب إليهما من قتلهما لها ببينة عدل، تقطع على معاينة القتل وعلى سماع صوتها إذا طرحت فى الغدير ممن يعرف صوتها أن أخويها يقتلانها، واستغاثتها لهذا وقام بالدم من يجب القيام له، وحينئذ يظهر فى أمرهما بما توجب السنة فى ذلك.

مسألة: رجل رمى بقتل أخيه ستة نفر فحبسهم الأمير، ثم صرف النظر فيهم إلى القاضى وأمره ينظر بينهم بالحق، فأحضر القاضى المرميين والرامى لهم، فذكر للقاضى أن أخاه مر بقرية للمبيت بها فأصبح مقتولا، ورمى بدمه ستة نفر من أهل القرية وسماهم، وقال: إنى لا أعرفهم بأعيانهم، فأنكروا كلهم قتل أخيه، ثم إن المدعى أبرأ اثنين من الستة من دم أخيه وهو لا يعرفهما بأعيانهما. وإنما ذكر اسمهما، وقد تقدم حبس الأمير لهم قبل ارتفاعهم إلا القاضى، مدة ذكر الستة النفر أنها عشرون شهرا، وقال المدعى: إنما حبسوا لأجلى منذ سنة وما قاربها، فأجاب الفقهاء: إن لم يأت القائم بدم أخيه ببينة أو بلوث يجب به الدم من القسامة، حتى مضت المدة التى أقر المدعى أنهم حبسوا فيها أكثر من سنة فلا معنى لحبسهم، ولا يحل حبس مرمىٍّ بدم هذه المدة، إنما قال أهل العلم: إن كان المرمى بالدم متهما حبس الشهر ونحوه، فإن لم يؤت عليه ببينة فى داخل الشهر أطلق، وهؤلاء قد حبسوا أكثر من ذلك مما لا يجوز حبسهم له، وفى دون ذلك ما كان فيه استبراء الدم، وهذا الطالب لا يعرف المرمى عليهم بأعيانهم، وأبرأ اثنين لا يعرفهما بأعيانهما فأى شىء أضعف من هذا الطالب؟ وفى إطلاق هؤلاء ممن لم يقم عليهم شبهة ولا سبب يوجب حبسا ثواب، فإن السجن مقرون بالعذاب الأليم، يشير إليه قوله تعالى: ﴿إِلاَّ أَن يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [يوسف: ٢٥] فواجب على القاضى إنهاء ذلك إلى الأمير.

مسألة: رجل أصبح فى داره مقتولا على فراشه، ومشى ابنه منذرا لجارته للصلاة عليه لهجا بأنه طرق ليلا وقتل، فأنكر ذلك الوزير وأمر صاحب المدينة بالنهوض إلى داره، فنهض إليها، فوجد القتيل مذبوحا فيه نيف على ستين ضربة بسكين، وتتبع الدار فلم يجد فيها أثر نزول ولا خروج، ولقى فى الدار ثيابه مخبأه فى بعض أركان الدار، وسكين أقلامه، وغرفة فيها دم، وفى سراويل بعض

بناته بعض دم، فاستنطقهن فقالت واحدة منهن عن أخرى هذه قتلته وأعنّاها نحن وقالت: كان حقيقا بالقتل منذ أعوام وكان ابناه ساكنين معه فى الدار، أحدهما المنذر بالصلاة عليه والآخر ضعيف الأعضاء ضربته ريح، فقال: هذا الضعيف طرقه لصوص فقتلوه، ثم رجع إلى أن قال إنما قتله النساء وأخوه الذى أنذر بالصلاة كان واقفا خلف باب البيت وثبت موته ووراثته، وإن ابنى أخيه أحق الناس بالقيام بدمه مع ابنه الضعيف، ويشاور صاحب المدينة فى ذلك، فأفتى ابن عتاب: أنه لا قتل على من كان معه فى الدار من نسائه وبنيه، إلا أن على كل واحد منهم القسامة أنه ما قتله ولا مالأ على قتله ولا شارك فيه ثم يطال سجنهم.

قال ابن عتاب: ولما كان قول المرأة عن الأخرى هذه قتلته وأعنّاها نحن قولا محتملا، فيحتمل أن نعنى أنها أعانت بقول أو فعل لم يكن عاملاً فى قتله، ولأنها لم تقل هذا إلا بعد ضربهن بالسوط وغيره وفزعهن من ذلك، فحضر الوزير مسجد ابن عتاب وأمر بإحضار ابنى المقتول وبنى عمهما، وأقسم الولد الكبير وأم ولده المقتول فى داخل المقصورة بالجامع عند مقطع الحق- عافانا الله فى الدنيا والآخرة.

وأفتى ابن القطان وابن مالك بأن لابنه الضعيف القيام بالدم، قال القاضى: وفى هذا نظر لقولهما أولاً طرقه لصوص فقتلوه ثم رجع عن ذلك أحدهما.

مسألة: فى رجل وامرأة ليس معهما فى الدار غيرهما مدة نحو أربعة أشهر، ثم إن المرأة أصبحت مكتوفة مذبوحة فى الدار، وذكر الشهود أنهم لا يعلمون زوجها غاب عن سكنى داره والمبيت ليلة واحدة إلى حين وقوع ذلك، فقام جدها لأمها وادعى عند الأمير أن زوجها ذبحها، فأنكر الزوج ذلك، فأحضر أولياءها وقال بعضهم: إنه لا يقسم فى ذلك إن وجبت له القسامة، وقال بعضهم: أنا أقسم على ذلك، فشاور الأمير الفقهاء فى ذلك فأجابوه نرى -والله الموفق للصواب- إطالة سجن الزوج موثقا فى الكبل مضيقًا عليه فى الحبس زمانا، بقدر ما يؤديك إليه اجتهادك لعل أن يقر فى خلال ذلك لطخ الدم به، فإن طال حبسه وبقى على حاله، فحينئذ يقسم فى مقطع الحق بالجامع خمسين يمينا أنه ما قتلها ولا شارك فى دمها ثم خلى سبيله والله حسيبه.

وأجاب بعض الفقهاء: بأن وليها ورجلا آخر ورجالا من عصبتها يحلفون فى مقطع الحق بعد طول الحبس، بمحضر الأمير ومحضر ملأ من الناس على عين فطيس وبمحضره، والله الذى لا إله إلا هو، لقد قتلها عمدًا خمسين يمينا وإن كان ولى الدم صغيرًا لم يبلغ بقى الزوج فى السجن حتى يبلغ، ويحلف مع رجل آخر من عصبتها وهذا القول مبنى على أن أولياء الدم أولى بالبداءة باليمين، قال ابن سهل: وآل أمر هذا الزوج إلي المصالحة بعدة من الذهب أداها وخلى عنه.

مسألة: لو أكذب المدمى نفسه فلا عقوبة عليه لما فيه من المصلحة، لأنه لو أدب لأدى إلى أن لا يرجع أحد عن ذلك، وبمثل هذا احتج سحنون فى ترك أدب الشاهد إذا رجع عن شهادة، ولم يعذر بشبهة ولو أدب لم يرجع أحد.

مسألة: وهذا بخلاف من ادعى باطلاً ثم تبين بطلان دعواه، فإن ابن سهل حكى فى «الأحكام» له أن الحاكم يؤدبه على قدر اجتهاده.

مسألة: من ادعى على رجل أنه جرحه أو ضربه ضربا زعم أنه يخاف منه الموت، كان بالمدعى أثر مخوف أو جراح، سجن المدعى عليه وسئل المدعى على بينته وأجل له بقدر بعدها وقربها، فإن جاء ببينة اقتص له، وإن لم يأت ببينة وجاء بلطخ وأسباب أو بشاهد واحد وبينة غير قاطعة، تمادى فى سجنه وإلا أطلقه.

وكذلك إن ادعى أنه قتل له وليا إن كان متهما سجنه مكانه ودعاه بالبينة، فإن جاء بها نظر له، وإن لم يأت بها وجاء بلطخ أو سبب تمادى فى سجنه، وإن لم يأت إلا بمن يشهد أنه قتل قتل له ولى ولا يدرون من قتله، سجن إن كان متهما دون سجن الذى جنى عليه بلطخ، وإن لم يكن متهما لم يسجن ندبا حتى يشهد أنه قتل له ولى، فيسجن ويسأل البينة ويؤجل بقدر ما يذكر بعدها، فإن جاء إلى الأجل بما استوجب به السجن وإلا أطلقه، ولا يسجنه أبدًا إن لم يكن من أهل التهم.

مسألة: قال ابن القاسم فى صبى عبث بسقاء على عنقه قلة، حتى سقطت القلة على الصبى فمات فلا شىء على السقا وإن سقطت على غير الصبى فقتله، فديته على عاقلة الصبى؛ من «المنتخب فى الأحكام» انظر «الطرر».

مسألة: قال ابن مزين: قلت لأصبغ يؤدب الصبيان فى تعديهم وشتمهم وقذفهم وجراحاتهم العمد وقتلهم، قال: نعم يؤدبون إذا كانوا قد عقلوا أو راهقوا.

مسألة: وفى «الطرر»: إذا كان المرمى بالدم من أهل التهم يحبس الشهر ونحوه، ولو قويت التهمة لحبس الحبس الطويل، قال ابن حبيب فى «الواضحة» عليه الحبس الطويل جدا حتى يبين براءته أو يأتى عليه السنون الكثيرة، قال مالك: ولقد كان الرجل يحبس فى الدم باللطخ والشبهة، حتى إن أهله ليتمنون موته من طول حبسه.

مسألة: من «المتيطية»: إذا لم يكن بالمدمى أثر جرح ولا ضرب ولم يعرف ضرب فلان له قبل ذلك، ففى «العتبية» من رواية عيسى عن ابن القاسم: أنه لا يقبل قوله على فلان إلا بالبينة على ذلك أو بأمر بين، وقال أصبغ: تقسم مع قوله كان به أثر أو لم يكن، ربما تقدم من قول ابن القاسم العمل وبه الحكم.

مسألة: ومن «مختصر الواضحة» قال أصبغ: ولو أن رجلا من هؤلاء الحواة طرح حية مسمومة على رجل فإنه يقتل طارحها إذا قتلت، ولا يقبل قوله إن قال كنت ألعب، لأنهم يعرفون ما بأيديهم، وإنما الذى يكون لعبا ما يفعل الشباب فيما بينهم من تفزيع بعضهم بعضا بطرح الحية الصغيرة التى لا يعرف منها ما يعرف هؤلاء فيقتل، فهذا الذى يشكل ويجعل خطأ، وأرى القسامة على طرح الحية أنه ما تعمد القتل.

مسألة: وسئل ابن الماجشون عن القوم يخرجون فى النزهة فيلعبون ويجرجر بعضهم بعضا، فيدفع أحدهم فيموت أو تنكسر يده أو رجله، فقال يعد ذلك خطأ وفيه العقل.

مسألة: وسئل ابن الماجشون أيضًا: عن القوم يتماقلون فى نهر أو بحر، أى يغطس بعضهم بعضا فيموت رجل منهم، قال: يعد خطأ وفيه الدية، ولو كان عمدا يشهد عليه أن فاعل ذلك تعمد أن يمسّه، كان القود فيه بأن يغطس حتى يموت، قال: فلو كانوا ستة نفر فشهد الثلاثة منهم على الاثنين أنهما مقلاه حتى مات، وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم قتلوه، فقال: لا شهادة لبعضهم على

بعض، ولكن الدية عليهم، لأنهم تقاروا أن موته كان من قبلهم وسببهم إلا أنهم تراموا به فإن كان ذلك منهم فى شهادة بعضهم على بعض على التعمد لقتله فالدية فى أموالهم، وإن كان ذلك منهم فى شهادتهم على اللعب فالدية على عواقلهم.

وذكر ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: أن الدية عليهم فى أموالهم جميعا يؤخذ ذلك منهم على جهة الإقرار وليس على جهة الشهادة عدولاً كانوا أو غير عدول، عمدا فعلوا ذلك فى شهادتهم، أو خطأ وهذا فى الكبار، فأما لو كانوا صغارًا أسقط ذلك ولم يثبت، لأن الصغار لا إقرار لهم.

وفى «شرح الجلاب» للقرافى قال مالك: ستة صبية غرق فى البحر واحد منهم، فشهد ثلاثة على اثنين، واثنان على ثلاثة أنهم غرقوه، فالعقل عليهم كلهم لأن كل واحد يدرأ عن نفسه، وليس البعض أولى من البعض، فلزمت الدية عواقلهم وهذا خلاف ما تقدم فى «الواضحة».

مسألة: وإذا عارض بينتان من الصبيان فى شجه هل شجها فلان أو فلان؟ سقطتا لأن كل فريق ينفى ما يثبته الآخر وأرش الشجة على جماعة الصبيان.

مسألة: قال ابن حبيب قال ابن الماجشون: من ادعى على قوم أنهم ضربوه ولم يكن على ضربه بينة فحبسهم السلطان فى السجن ثم المضروب برأ بعضهم، أطلق السلطان من برأ وحبس من لم يبرئ.

مسألة: إذا ادعى رجل على رجل أنه شجه أو جرحه ولا بينة، سجن له حتى يعرف ما يصير إليه، فإن برئ وعفا عنه فلابد للسلطان أن يستحلفه أنه لم يجرحه، فإن حلف خلى سبيله، وإن لم يحلف أو أقر أدبه، ولو قال المجروح: ليس هو الذى جرحنى أو أشبه على لم ينج من السجن حتى يحلف أنه لم يفعل، أو يقر أو يأبى عن اليمين فيؤدب؛ نقله ابن راشد عن «الطرر».

مسألة: قال مالك - رحمه الله: من وجبت عليه القسامة فعفا عنه قبل أن يقسموا أو بعد أن أقسموا عليه، فعليه جلد مائة وسجن سنة مستأنفة من بعد الضرب، لا يعتد فيها بما يكون من السجن قبل ذلك وإن طال. تنبيه: قال ابن

الماجشون: وإنما يكون ضرب مائة وسجن سنة فيمن قتل الحر المسلم أو العبد المسلم، فأما غير المسلم فلا يجب ذلك عليه، ولكن فيه الأدب المؤلم قال عبد الملك: وبه نقول؛ من «مختصر الواضحة».

مسألة: ولو سقت ولدها فشرق فمات فلا شىء عليها، وكذا لو انقلبت على ولدها وهى نائمة فلا شىء غير الكفارة.

مسألة: إذا ادعى رجل أن سمعه نقص من ضربة أو جناية فإنه يختبر بالصباح، والطريق فى ذلك: أن تسد الأذن الصحيحة ويصاح به من أمامه مادام يسمع، وقاس تلك المسافة ثم يصاح به من جانبه الأيمن حتى يقول لا أسمع شيئًا، ثم يبعد عنه ويصاح به حتى يقول لا أسمع شيئًا، ثم يبعد عنه ويصاح به حتى يقول لا أسمع شيئًا، وكذلك من الجانب الأيسر، ثم يقاس تلك الجهات فإذا استوت المسافات التى بلغ سمعه إليها ولم يختلف قوله علم صدقه، وحينئذ تسد الأذن المجنى عليها وتفتح الصحيحة ويصاح به فإذا علم انتهاء صوته قدر أهل المعرفة ما نقص من سمعه، بأن ينظروا ما بين الصحيحة والمصابة، وينسب ذلك إلى الدية فيأخذ من الجانى ما ينوبه منها بعد يمينه، فإن اختلف قوله فى الجهات بأمر بين فلا شىء له لأن ذلك دال على كذبه، وقيل: له الأقل مع يمينه.

فرع: فإن ادعى، ذهاب بعض بصره فيختبر نقصه بأن نغلق الصحيحة، وتجعل بيضة أو نحوها أمامه ويبعد بها عنه حتى ينتهى مقدار بصره إليها ثم يجعل أيضًا كذلك من أماكن مختلفة، وعندى أن فى ذلك نظرا، لأن العين تنظر من أمامها أكثر مما تنظر على جنباتها فكذلك إذا نقص بعض بصرها، فكذلك تسمع من جانبه أكثر مما تسمع من الجانب الآخر، وهذا من الأمر المحسوس الذى لا يستنكره أحد ثم يقاس تلك الجهات كما تقدم فى السمع.

فرع: فإن ادعى ذهاب جميع البصر والعين قائمة، فإنه يختبر بأن يشار إلى بصره وهو على غفلة، فإن تحرك بصره تبين كذبه، لأن شأن العين إذا أشير إليها تنقبض.

فرع: فإن ادعى ذهاب جميع سمعه فيختبر بالصوت المرعب وهو على غفلة.

فرع: وكذلك الذوق إذا ادعى ذهابه، فإنه يختبر بالمر المنفر الذى لا يمكن الصبر عليه فإن صبر ولم ينفر صدق، والظالم أحق أن يحمل عليه.

فصل

فى الجناية على العقل والشرب

وقد تقدم من هذا الباب جملة مسائل، وإذا كان شارب الخمر أو النبيذ حرا مسلمًا مكلفًا، وشربه مختارًا من غير ضرورة ولا عذر فإنه يجلد ثمانين سوطًا، فإن كان عبدًا فأربعين، وإن كان كافرًا ووجد سكرانًا ترك، وإذا أعلن بذلك عوقب؛ قال الباجى فى «مختصر المدونة».

ويجب الحد بشرب القليل والكثير، ولا حد على مكره ومضطر إلى الإساغة وإن قلنا: إنه حرام، وفى البدوى يدعى جهل التحريم قولان بخلاف مدعى جهل الحد، والصحيح أنه لا حد على مجتهد يرى حل النبيذ ومقلده، ومن ظن أن مسكرًا شرابًا آخر فلا حد عليه، ويثبت بشهادة رجلين وبالإقرار وبالشهادة على الشم ممن يعرفها، بأن يكون ممن شربها فى حال كفره أو كان قد شربها فتاب وحده.

وقال الباجى: لا يحتاج إلى ذلك، قال ابن عبد السلام: وهو الصحيح إذ لا تخفى رائحتها على كثير من الناس، ولا يحلف فى حال سكره كان شاربًا أو زانيًا أو قاذفًا، فإن أخطأ الإمام فجلده أجزاه إن كان سكره خفيفًا وإلا لم يجزه.

فصل: وأما الحشيشة، ففيها الأدب بقدر اجتهاد الحاكم، لأنها تغطى العقل بخلاف العقاقير الهندية فإن أكلت لتغطية العقل امتنع أكلها حينئذ.

فصل: واعلم أن المسكرات يمتنع قليلها وكثيرها، والأشياء التى تغطى العقل يمتنع منها القدر الذى يغطى ولا يمتنع القليل.

فرع: واعلم أن لبن الخيل إذا كان قارصا قد يغطى على العقل حرم، وإن شرب لغير ذلك بقى على حكم الإباحة، ويمتنع منه القدر الذى يغطى العقل وإن لم يقصد ذلك، وهذا الكلام جارٍ فى المرقدات.

فرع: والظاهر جواز ما سقى من المرقد لقطع عضو ونحوه، لأن ضرر المرقد مأمون وضرر العضو غير مأمون.

مسألة: ولا تسقط الحدود بالتوبة ولا بطول الزمان، ولو تكرر الشرب منه مرارًا وأقيم الحد عليه تداخلت فيه الحدود المتقدمة، وكذلك فى الزنا والقذف.

فصل

فى السرقة والسارق

وهو كل بالغ عاقل لا شبهة له فى المال، فيندرج الحر والعبد والذمى والمعاهد، وكذلك الحربى إن دخل بأمان فسرق، قال ابن القاسم: يقطع، وقال أشهب: لا يقطع، ويخرج من ذلك: الصبى والمجنون والأب والسيد والشريك إذا سرق قدر حقه، والغريم إذا سرق جنس حقه من غريمه المماطل، وفى السارق من بيت المال، ومن المغنم قدر ما يستحقه قولان، ويخرج من ذلك أيضًا السارق لجوع أصابه، وفى خروج الجد للأب قولان لابن القاسم وأشهب، وفى خروج العبد أيضًا قولان لمالك وأبى مصعب.

مسألة: ولو سرق الزوج لزوجته شيئًا مما شورها به، ولم يبن بها جرى على القولين فى وجوب ذلك لها بعد العقد أو لا.

فصل

فى حكم المسروق

وفى اختصاص القطع بما يتملك قولان، وفائدته هل يجب القطع على سارق الحر الصغير من حرز مثله؟ والمشهور أنه يقطع.

فصل: ويشترط فى المال ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون مما ينتفع به فلا قطع فى آلة لهو إلا أن يكون قيمتها بعد الكسر نصابا.

وفى جلد الميتة بعد الدباغ خلاف.

وفى الكلب المأذون قولان.

مسألة: ويقطع سارق لحم الأضحية، سواء سرقها من ربها أو ممن تصدق بها عليه؛ قاله أشهب، وقيل: إن سرق من ربها فلا قطع.

الشرط الثانى: أن يكون نصابا وهو ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الفضة أو عرضا يساوى أحدهما فى أحد قولين، وفى «المدونة»: إنما يقوم العرض بالدراهم.

فرع: ولو سرق دنانير ظنها فلوسًا لا تبلغ ربع دينار قطع.

فرع: ولو أخرج من الحرز نصابا لكن فى مرات، فقال أشهب: لا يقطع حتى يخرجه فى مرة، وقال سحنون: إن كان فى فور واحد قطع وهذه حيلة.

فرع: ولو أخرج نصابا من حرزين لم يقطع.

فرع: ولو سرق نصابا مع صبى أو مجنون قطع وحده، ولو سرق مع من له شبهة فى المال أو فى الدخول كالعبد والأب لم يقطع.

فرع: ويقوّم الحمام المراد لمحمل الكتب لا للعب على ما هو عليه، وأما حمام عرف بالسبق، أو طائر عرف بالإجابة إذا دعى، فإنما يقوم على أن ذلك ليس فيه بخلاف البزاة، وقال أشهب: بل يقوم على أن ذلك ليس فيها.

الشرط الثالث: أن يخرجه من الحرز، ولا قطع فيما سرق من غير الحرز، وكل شىء مع حافظ فحافظه حرزه، وأفنية الحوانيت حرز لما وضع فيها للبيع وإن لم يكن هناك حانوت كان معه صاحبه أم لا، ومربط الدابة حرز لها إذا كان متخذا لذلك، كفنائه وباب داره وموقف الشاة فى السوق حرز وإن لم تكن مربوطة، وظهر الدابة والرحل حرز لما عليه، والسفينة حرز لما فيها والمسجد حرز لبابه وسقفه، وفى قناديله ثلاثة أقوال: قال ابن القاسم: هو حرز لها، وقال أشهب: ليس بحرز، وقيل: حرز إن كان عليه غلق.

وفى الحصر خمسة أقوال: الثلاثة المتقدمة، والفرق بين الليل والنهار، والتفرقة بين أن يربط بعضها ببعض أولا.

فرع: والحمام ليس بحرز للثياب، إلا أن يكون حارس أو ينقب أو يتسور.

فرع: والثوب المنشور على الزقاق ليس فى حرز، وقال ابن القاسم: حرز، واضطربت الرواية فى حبل الصباغ والقصار، ولا قطع فى الثياب المبسوطة على

شاطئ الوادى، ولا فى الخفاف فى الولائم والجماعات إلا أن يكون لذلك حارس فيقطع.

فرع: والدار ذات البيوت والفندق المأذون فى ساحته، إذا أخرج السارق من بيوتها شيئًا إلي الساحة قطع مطلقًا عند محمد، وقال سحنون: إن كان من مكانها قطع وإلا لم يقطع حتى يخرجه من بابها، واتفقا أن الساكن إذا أخرج شيئًا مما فى الساحة من بابها أنه لا يقطع، وإن أخرجه غيره قطع.

فرع: ولو سرق ثمرا من رأس نخلة والحائط لاغلق عليه لم يقطع، قال عبد الملك: وكذلك إن كان عليه غلق فإن عمله ربه فى المربد فسرق منه قطع.

فرع: ولو سرق من زرع قائم لم يقطع، ولو حصد وربط قنا وترك فى الحائط لينقل إلى الجرين فروايتان.

فرع: ولا يقطع الضيف ولا من أدخله رب الحانوت ليعرض عليه المتاع لوجود الإذن.

فرع: والكم والجيب حرز لما فيهما.

فصل

فى العقوبة فى السرقة

وهى القطع وذلك للأمام، ومحله اليد اليمنى من الكوع ويكوى موضع القطع، فإن عاد قطعت رجله اليسرى، فإن عاد قطعت يده اليسرى، فإن عاد قطعت رجله اليمنى، فإن عاد عزر وحبس، وقال أبو مصعب: يقتل.

مسألة: ويثبت حكم السرقة بالإقرار والشهادة، أما الإقرار، فإن كان طوعا وتمادى عليه عمل بمقتضاه فإن أقر بعد أن هدد فقال مالك: لا يؤخذ به، وقال سحنون: إن كان السلطان يعدل فسجنه فأقر فى السجن ألزم، وقال: لا يعرف هذا إلا من ابتلى به؟ وقال ابن القاسم: إذا أخرج المتاع والقتيل لم يلزمه الإقرار إلا أن يقر بعد أمن من العقوبة ويعرف ذلك أو يقر ويخبر بأمر يعرف به وجه ما أقر به، وعين الشيء وكأنه يريد إذا أخرج المتاع أو القتيل بانفراده لم يؤاخذ به إلا أن

ينضاف إلى ذلك من إخباره ما يدل على صحة ذلك، مثل أن يقول: اجتررت أو فعلت كذا وعلى صفة كذا، فيذكر من بساط الأمر ومنتهاه ما يعلم أنه خارج من إقرار المكره وما لا يكون كذبًا وإذا لم يذكر ما يدل على ذلك له كان له فى التعيين مندوحة؛ من «التبصرة» للخمى، وفى «الموازية»: إن عينها قطع إلا أن يقول دفعها إلى فلان، وإنما أقررت لما أصابنى من الألم.

قال مالك: فلو أخرج دنانير لم يقطع لأنها لا تعرف، وقال أشهب: لا يقطع وإن ثبت على إقراره، وإن عين السرقة إلا أن يعرف أنها للمسروق منه، وإن أقر طوعا ثم رجع لشبهة سقط الحد دون الغرم، وإن رجع بغير شبهة فكذلك على ظاهر «المدونة» ولم يفرق بين التعيين وعدمه.

وروى أنه لا يسقط، وقال ابن القاسم فى «العتبية»: إن عين السرقة لم يقبل منه رجوع، ولم يفرق بين عرض ولا عين، وقال أيضًا: ليس فى الدنانير تعيين؛ انظر فى «ابن يونس» استيعاب وجوه الإقرار، ولابن رشد فى «المقدمات» فى ذلك تفصيل جامع مفيد وأما الشهادة، فإن كانت تامة وجب القطع والغرم ولا تقبل مجملة، وقد ذكرنا حكم ذلك فى السياسة فى الشهادات.

فصل

الضمان

ويجب على السارق رد ما أخذ إن كان قائمًا فإن تلف وكان دون النصاب رد مثله أو قيمته، ويتبع بذلك وإن كان مقرًا وكان نصابًا فقال غير واحد من المدنيين الحكم فيه كما تقدم، واختاره أبو إسحاق، والمشهور التفصيل، قال القاضى عياض: إذا قطع وهو عديم وذهب عين ما أخذ لم يضمن ولا يجتمع عليه عقوبتان قطع وغزم، وكذلك إن كان اليوم موسرا هذا هو المشهور، واشترط أشهب تمادى العدم إلى يوم الحكم بالغرم، فلو حدث له عسر بعد القطع وقبل الحكم عليه بالغرم لم يلزمه عنده شىء.

مسألة: قال ابن حبيب: سألت أصبغ عن الرجل يلفى فى جوف الليل ومعه متاع فيؤخذ فيقول: فلان أرسلنى إلى منزله فأخذت له هذا المتاع، قال مالك: إن

كان الذى معه المتاع يعرف منه انقطاع إلى رب المتاع، ويشبه ما قال لم يقطع، وإن لم يعرف منه ما ذكر قطع، ومعنى قول مالك: ويشبه ما قال أن يؤخذ، وقد دخل إلى المتاع من مدخله غير مستتر، وأتاه فى حين يمكن إرساله فيه مع الانقطاع الذى يعرف فهنا لا يقطع، وأما إن كان أخذه مستترًا ودخل إليه من غير مدخل أو فى حين لا يعرف قطع وإن كان له إليه انقطاع، قال: وأما إذا لم يعرف منه إليه انقطاع قطع فى الوجهين جميعًا، إلا أن يصدقه صاحب المتاع فلا يقطع، إذا كان دخوله من حين يعرف ودخل من غير مدخل مستسر، وإن كان دخل من غير مدخل وفى حين لا يعرف، أو دخل مستسرا قطع وإن صدقه صاحب المتاع.

فرع: ومن سرق متاعا وقامت عليه بذلك بينة فقال: كنت أودعته عند صاحب المنزل، فروى عيسى عن ابن القاسم: أنه يقطع وإن صدقه صاحب المنزل، وقال عيسى: أحب إلى إن صدقه صاحب المنزل أن لا يقطع.

فرع: قال أشهب: لو ادعى عليه وديعة أو غيرها فجحد فأخذها من بيته على وجه السرقة، فإنه يقطع إلا أن يقيم بينة أنه أودعه ذلك وإن لم يشهدوا بملكه لها.

مسألة: ومن سرق له حلى فوجده عند صائغ، وزعم الصائغ أن رجلا جاءه به فأنكر ذلك الرجل فلا قطع على الصائغ، لأن من وجد عنده متاع وزعم أنه له، أو اشتراه أو وهب له فاستحقه مستحق، وزعم أنه سرق له فإنه لا يخلو أن يكون متهما أو غير متهم، فإن كان غير متهم فقد تقدم قول ابن القاسم: فيمن توجد معه السرقة فيقول: ابتعتها من السوق ولا أعرف بائعها، وهى ذات بال أو لا بال لها، وادعى المستحق أنها أكثر مما وجد معه، أنها ترد إلى ربها بالبينة بعد أن يحلف أنها ما خرجت من ملكه، وأن المدعى عليه إن كان من أهل القحة خلى سبيله ولا يمين عليه، وإن كان المدعى عليه من أهل السلاح والبراءة أدب المدعى، وقال مالك: لا يؤدب إذا كان ذلك طلبا منه لحقه، وإن كان على وجه المشاتمة نكل.

فصل

الزنا واللوط وما فى معناها

والزنا محرم بنص القران ويجب فيه العقوبة والصداق إن كانت المرأة مكرهة أو غير عالمة، ويشترط فى توجه العقوبة سبعة شروط:

الأول: البلوغ، فلا حد على صبى ولا صبية ويعاقبان، ولا تحد البالغة بوطء صبى وإن قوى على الجماع ويحد البالغ بوطء الصبية إذا كان مثلها يوطأ، وقال ابن القاسم: يحد وإن كانت بنت خمس، وأوجب فى «المدونة» الحد بالإنبات، ولم ير ذلك ابن القاسم وقال: أحب إلى أن لا يحكم بالإنبات، وإذا قلنا يحكم بالإنبات، فلابد أن يكون إنباتا بينا بشعر أسود.

فرع: ومن وجب عليه موجب حد وقد أنبت ولم يبلغ أقصى سن يحتلم وادعى أنه لم يحتلم ففى حده قولان لمالك، والأصح سقوط الحد لأجل الشك؛ من «مفيد الحكام»، قال: وقال ابن رشد: ولا اختلاف عندى أنه يعتبر بالإنبات فيما بينه وبين الله تعالى من الأحكام؛ يريد كالصوم والصلاة والحج.

الثانى: العقل، فلا حد على مجنون ويعاقب إن لم يكن مطبقا وكان فى حالة يرده الزجر، وتحد المرأة إن كانت عاقلة كما يحد الزانى بالمجنونة.

الثالث: الإسلام، فلا حد على النصرانى ويرد إلى أهل دينه يعاقبون إن أعلنوا الزنا، وقال المغيرة: يحد حد البكر ولو زنى بمسلمة طائعة عوقب، وقال ربيعة: ذلك نقض للعهد، وقيل: يحد ويقتل إذا أكره المرأة المسلمة لنقض العهد، فإن أكره أمة مسلمة ففى قتله قولان.

الرابع: الطوع، فلا حد على المكره فى أحد القولين وبالحد قال سحنون ومطرف، واختار اللاخمى نفي الحد قال: ويأثم، فإذا أكرهته لم يأثم ولا حد على المكرهة ولها الصداق.

الخامس: أن يكون الواطئ عالما بالتحريم على قول أصبغ فلا حد عنده على الأعجمى، ومن كان حديث العهد بالإسلام وهو القياس والمشهور الحد.

السادس: أن يكون الوطء فى فرج آدمى، فلا حد على من وطئ بين الفخذين، ولا حد أيضًا فى استمناء وفيهما الأدب.

مسألة: ولا حد أيضًا فى المساحقة، قال الباجى: ليس فى عقوبتهما حد وذلك إلى اجتهاد الإمام، وهذا فى «العتبية» من رواية عيسى عن ابن القاسم وقال ابن شهاب: سمعت رجالا من أهل العلم يقولون يجلدان مائة، ووجه قول ابن القاسم

أن الحد لا يجب إلا بالتقاء الختانين، وذلك غير متصور فى المرأتين فلزم فيه التعزيز، وقال أصبغ: يجلدان خمسين ونحوها، وهذا تقدير على ما رآه فى ذلك الوقت، قال الباجى: والصواب أنه موقوف على اجتهاد الإمام على ما قاله ابن القاسم.

مسألة: ومن وطئ امرأة فى دبرها فحكم ذلك حكم الزنا، يرجم المحصن منهما ويجلد غير المحصن، ويغرب الرجل إن جلد، قاله ابن المواز ورواه أبو حبيب عن ابن الماجشون، وذلك إذا جاوز الختان الشرج ووجهه أنه أحد فرجى المرأة كالقبل، وقال القاضى أبو الحسن: حكم ذلك حكم اللواط يرجمان أحصنا أم لم يحصنا، لأنه وطء محرم فى دبر كالرجلين.

مسألة: ومن وطئ ميتة فعليه الحد على المشهور، وحكى ابن شعبان أنه لا يحد.

مسألة: ولا حد فى وطء البهيمة على المشهور، وحكى ابن شعبان أن فيه الحد، وإذا فرعنا على المشهور فإنه يعزر ويعاقب، والبهيمة كغيرها من البهائم فى جواز الذبح والأكل باتفاق إن كانت مما يؤكل.

مسألة: ومن زنى بذات محرم فعليه الحد مع الأدب الشديد لما انتهك من الحرمة هذا مذهب ابن عبد الحكم وأباه ابن القاسم وأشهب وقالا: لا يزاد على الحد.

مسألة: ومن نكح خامسة أو امرأته المطلقة ثلاثا قبل زوج أو سائر المحرمات المتفق على تحريمها، فإن كان عالما حد، وإن ادعى الجهل بالتحريم ومثله يجهل ذلك لم يحد.

مسألة: ولا حد فى نكاح المتعة على الأصح وفيه العقوبة الموجعة والعالم أشد من الجاهل.

مسألة: ولا يحد من نكح امرأة على عمتها أو خالتها ويعاقب ويفسخ النكاح، وعقوبة العالم بالتحريم أشد من عقوبة الجاهل وأعظم؛ قاله أصبغ، وكذلك الذى ينكح امرأته المبتوتة لا يحد، عالما كان أو جاهلا لاختلاف الناس فى ذلك، وكذلك لا حد على من نكح امرأة فى عدتها على الأصح.

مسألة: ولا حد على من وطئ أمة له شرك ويلزمـه الأدب، وفيمن وطئ جارية من المغنم وهو من الغانمين قولان.

مسألة: ولو زنى بحربية حد، وقال عبد الملك: لا يحد.

السابع: الإحصـان وهو خاص بالزنا، أمـا اللواط فلا والإحـصان عـبارة عن خمسـة أوصاف الحرية والتزويج، الوطء المبـاح، والتكليف، والإسلام فلا اعـتبار بالعبد فى نفسـه، وحصن الحرة كما تحصن الأمة الزوجة الحـر، ولا اعتبار بالوطء بالملك الفـاسد كـوطء الحائض والمحـرمة والـصائمـة عند ابن القاسم، وقـال ابن الماجشون: تحصن ووطء الصبى لا يحصن البالغ، وقال ابن عبد الحكم: إن كانت تطبق ولو كان أحـدهما مجنونا فالعاقـل منهما محصن عند مـالك وابن القاسم، وقال أشهب المراعى الزوج، فإن كـانا عاقلا فهما محصنان، فـإذا زنت فى افاقتها رجمت، وإن كان مجنونا لم يكونا محصنين، وقال عبد الملك: إذا صح العقد فلا اعتـبار بجنونهـما، فإذا حـصل الوطء ثم زنى أحدهما فـى إفاقتـه رجم والزوجة النصرانية تحصن المسلم، والنصرانى لا يحصن المسلمة.

فصل: ويثبت الزنا بالإقرار وبالشهادة وبظهـور الحمل، فأما الإقرار فيكفى ولو أقر به مرة واحدة إذا تمادى عليها، فإن رجع عن الإقرار بشبهة أو أمر يعذر به قبل منه، وإن أكذب نفسـه فروايتان، ابن القاسم: لا يجب على القاضى اسـتفساره، وقال المازرى: واختار بعض مشايخى القول به بالاستفسار تعلقا بما فى بعض طرق الحديث، من أنه ﷺ قال للمقر بالزنا: «أنكتها؟» وأما الشهادة فقـد ذكرت صفتها فى السياسة فى الشهادات، وأما الحمل فـقد ذكرته فى «باب القضاء بشهادة الحمل على الزنا».

فصل: وأما عقوبة الزانى فنوعان: جلد ورجم، فالجَلْد يختص بالبكر وهو للحر والحرة، ونصفـها لمن فيه شائبة رق، ويزاد لـلذكر الحر التغريب عامـا، فإذا مضى لحبسه سنة فيخلى والسنة من يوم يحـبس، وينبغى للقاضى الذى يحبسه أن يكتب اليوم الذى يحبسـه فيه والشهر والسنة لئلا ينسى، ولمن يأتـى بعد من القضاة، ولو ظهرت توبة الزانى قـبل أن تنقضى السنة لم يخرج حتى تنقـضى، وليس عليه أن

يدخل فى الحديد، وهذا بخلاف المحارب إذا نفى إلى بلد ليحبس فيه، فإنه يكتب إلى قاضيه إذا ظهرت توبه وتبينت فخله.

مسألة: ونفقة الزانى والمحارب وكراؤهما إذا غربا إلى بلد ليحبسا فيه من مالهما، فإن لم يكن لهما مال فمن بيت المال.

فرع: قال ابن راشد: قال بعض أصحابنا: وأقل النفى مسير يوم وليلة، وأما الرجم فيختص بالثيب ويرجم بأكبر حجر يقدر الرامى عليه ويجتنب الوجه، وتؤخر الحامل حتى تضع، ولا يقتل بصخرة ولا بحصاة خفيفة، ولا يؤخر لمرض بخلاف الجلد، وينتظر للجلد اعتدال الهواء كما سيأتى فى القذف، وروى لا يؤخر فى الحر.

مسألة: ولا يقيم الحد إلا الحاكم، وللسيد أن يقيم على عبده وأمته حد الزنا والخمر والقذف، إذا ثبت ذلك عنده بالإقرار أو بالبينة أو بظهور الحمل، وفى حده لهما بالرؤية روايتان، فإن كان العبد زوجا لحرة أو أمة لغير سيده، أو كانت الأمة زوجة لحر أو عبد لغير السيد لم يقمه عليهما غير الإمام ولا يقيم السيد حد السرقة ولا يقيم عليه القصاص، وإذا كان للسيد إقامة الحدود فإقامة التعزيرات له من باب أولى.

مسألة: قال الزناتى فى«شرح الرسالة»: وإذا أقام السيد على عبده حد القذف والخمر فليحضر رجلين، ويحضر فى الزنا أربعة لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢]، وأقلها أربعة ولأن العبد عسى أن يعتق يومًا ثم يشهد بين الناس، فيحد المشهود عليه ما يرد به شهادته أو يقذفه أحد بما حد به، فيتخلص من الحد بشهادة من حضر حده.

مسألة: قال ابن حبيب: سمع أصبغ يقول فى صبيان: أمسكوا جارية لصبى حتى افتضها أن عليه وعليهم الحد، وما شانها ذلك وعابها عند الأزواج فى جمالها وقدرها لأنه جرح وليس بوطء فيكون لها صداق مثلها، ولو فعل ذلك بثيب لم يكن لها شيء وعليه وعلى الصبيان الذين أمسكوها له الأدب، قال: وكذلك يؤدب الصبيان فى كل تعدٍ كان منهم إذا كانوا قد راهقوا وعقلوا.

فصل: وأما من عمل عمل قوم لوط فحده الرجم، وروى أنه ﷺ قال: «**الذى يعمل عمل قوم لوط ارجموهما الأعلى والأسفل**»، وقال مالك -رحمه الله: أنه سمع ابن شهاب يقول العمل فيمن عمل عمل قوم لوط، أن يرجم الفاعل والمفعول به أحصنا أو لم يحصنا، قال ابن حبيب: وإنما جاء فيهم الرجم وإن لم يحصنا، لأن الله تعالى رجم قوم لوط على ذلك العمل من أحصن ومن لم يحصن، فصار ذلك عقوبة ذلك العمل، وقد جاء حديث بتحريقهم بالنار إلا أن مالكا لا يرى العمل به، وكتب أبو بكر - رضى الله عنه - إلى خالد بن الوليد بتحريقهم بعد أن استتشار الصحابة فى ذلك، وحرقهم ابن الزبير فى إمارته، ثم حرقهم هشام بن عبد الملك، ثم حرقهم العشرى بالعراق.

قال ابن حبيب: ومن أخذ بهذا لم يخطئ، والرجم جاء عن النبى ﷺ، ورأى مالك وابن شهاب عليه العمل، قال ابن حبيب: وحدثنى مطرف بسنده عن رسول الله ﷺ: نفى مخنثا إلى أرض مصالحة ليس فيها أحد من أهل الإسلام، قال ابن حبيب فى تأويل ذلك: عندنا أنه كان متهما مشهورًا من غير أن يثبت عليه فعل ذلك ببينة، وجاء عن محمد بن المنكدر أنه قال: كان فى عهد رسول الله ﷺ مخنثان فنفاهما إلى عُير وهو جبل من جبال المدينة.

مسألة: وفى «مفيد الحكام»: ومن أتى غلامًا أو امرأة في غير الفرج بولغ فى أدبه على قدر سفهه.

فصل
فى القذف والتعريض به
وصفة إقامة الحدود

وفى «مختصر الواضحة» عن مالك: أن رجلين استبا فى زمان عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فقال أحدهما للآخر: والله ما أبى بزان ولا أمى بزانية، فاستشار فى ذلك عمر بن الخطاب فقال قائل: مدح أباه وأمه، وقال الآخرون: قد كان لأبيه وأمه مدح سوى هذا، نرى أن تجلده الحد فجلده عمر الحد ثمانين.

فرع: وسئل ابن الماجشون عن رجل قال لرجل فى منازعة: أنا فلان بن فلان

ولست ذا أب لا يعرف، فقال: إن قاله لرجل مجهول لا يعرف بالبلد فلا شىء عليه، وإن قاله لرجل يعرف بالبلد فعليه الحد.

مسألة: قال مطرف عن مالك: من قال لرجل وهو ينازعه: تكلمنى وقد نكحت أمك وكانت زوجتى، إن لم تقم البينة على أنه تزوجها حد القذف، وقال ابن الماجشون: لا أرى عليه حدا إلا العقوبة الشديدة، لأنه لو أتى بالبينة على أنه نكحها اكتفى بشهيدين، ولو كان قذفا ما خرج من ذلك بدون أربعة، قال عبد الملك بن حبيب: وقول مالك أحب إلى لأنه تعريض شديد، لأنه ينزع فى المنازعة إلى أقبح شىء وأشنعه، ولو كان فى غير منازعة ما كان عليه شىء.

مسألة: وقال ابن الماجشون في رجل قال لآخر: يا ابن العفيفة، وقال له الآخر: يا ابن الخبيثة، أن على القائل يا ابن العفيفة الحد إن كانت أمه حرة، وعلى القائل يا ابن الخبيثة الحد إلا أن يحلف أنه ما أراد بالخبيث الزنا فإن حلف أبد وإن نكل حد.

مسألة: قال ابن الماجشون: ومن قال لامرأته فى مشاتمة إنى لعفيف فعليه الحد، ومن قال ذلك لرجل فعليه الحد، إلا أن يدعى أنه أراد عفيف الكسب أو المطعم، فيحلف ويبرأ من الحد وينكل، وفارق الرجل المرأة فى هذا لأن المرأة لا يعرض لها بذكر العفاف إلا فى الفرج خاصة، والرجل يعرض له بذكر ذلك فى غير وجه واحد، فحمل عليه فى أقبح ذلك حتى يخرج منه باليمين.

مسألة: ولو قال لأجنبية رأيته معها أو بين فخذيها، فقال ابن القاسم: يعاقب، وقال غيره: لا يعاقب، وفي «التبصرة»: إن كان الشاهد عدلا لا يعاقب، وإن كان المشهود عليه ممن لا يظن به ذلك عوقب وإلا فلا؛ من «المذهب».

تنبيه: وليس على الأب إذا عرض لولده بالزنا حد كما يكون ذلك فى غير الأب، فإذا صرح بالزنا حد مثل قتله إياه فيما يلزمه فى القود وفيما لا يلزمه.

مسألة: ومن قال لرجل: يا يهودى، فلا حد عليه، وإن قال له: يا ابن اليهودى فعليه الحد لأنه نفاه من أبيه المسلم، وكذلك أسود ويا ابن الأسود، وكذلك يا خياط ويا جزار، ويا ابن الخياط أو يا ابن الجزار، الحكم فى ذلك واحد إلا أن يكون فى آبائه من كان كذلك.

مسألة: ومن قال لمولى: يا خياط أو يا ابن الخياط فـلا حد عليه، وعليه التعزيز بعد أن يحلف بالله ما أراد نفيًا، لأن الموالى هم أهل الصناعات.

مسألة: من قال لعربى: يا فارسى أو يا ابن الفارسى، أو يا قبطى، أو يا بربرى يا ابن البربرى حـد فى الوجهين جـميعا، ومـن قال ذلك لمولى فلا حـد عليه فى الوجهين جميعا، وعليه التعزيز بعد أن يحلف بالله ما أراد نفيا.

فرع: قال ابـن الماجشـون: ومن قال لرجل: يا ابن البـربرى وأبوه فارسـى فلا شىء عليه فى البـياض كله إلا أن يكون أبوه أسود، ولا شىء عليـه فى السواد إذا نسبه إلى غيـر جنسه إلا أن يكون أبوه أبيض، فيكون نفيا يجب فـيه الحد مثل أن يقول للأسود أو للحبشى: يا ابن الفارسى.

مسألة: ومن قال لرجل: ليست أمـك فلانة فهو كذب، ولا حـد عليه بخلاف قوله ليس أبوك فـلانا لأنه قطع نسبـة، ولو قال لرجل: يا ابن السوداء كـان عليه الحد، كمن قال: يا ابـن الأسود لأنه حمل أباه على غير أمه إذا كـانت أمه بيضاء وجعله لريبة.

فرع: ولو قال: يا ابن زينب السـوداء وأمه زينب وهى بيضاء فـلا شىء عليه، وهو كقـوله: ليست أمك فلانة، وهذا مما قـد حكم به عندنا، وأما ابن الماجـشون وأصبغ فجعلا واحدًا إذا قال ليس أمك فلانة، أو يا ابن السوداء لأنه لا حد عليه.

فرع: ولو قال: يا ابن النصرانية، فلا حد عليه إذا سمى أمه.

فرع: وكذلك من قال لرجل: يا ابن الأمة وأمه عـربية، أو يا ابن البربرية وأمه قرشيـة، ليس فى الأم شىء من قول ابن الماجشون، وكأنما قـال لأمه: أنت أمة أو بربرية فلا شىء عليه، وقال مطرف: عليـه الحد ليس من قبل النفى، ولكنه حمل أباه على غير أمه إلا أن يسـميها باسمها، وينسـبها إلى غير جنسها أو ينعتـها بغير نعتـها، فعند ذلك يسقط عنه الحـد، قال ابن حبيب: وقـول مطرف أقيس وأحب إلى، إلا أنى أدرأ عنه الحد لشبهة الاختلاف فيه وأعظم فيه العقوبة.

تنبيه: ومن قذف ابن الملاعنة أو اللقيط أو المحمول بأبيه أو بأمه حد، ومن قذف المنبوذ بأبيه وبأمه فلا حد عليه، ومـن قذف ابن أم الولد بأبيه حد، ومن قذفه بأمه

فلا حد عليه إلا التعزير كان القاذف حرا أو عبدا، إلا أن العبد أكثرها أدبا لأنه من العبد أشد تغييرًا عليه، ولما عدا من طوره وجاوز من قدره.

مسألة: قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول: والرجل يقول للمسلم وأمه نصرانية يا ابن الزانية، إن كان المقول له ذلك رجل له هيبة، فأرى أن يضرب قائل ذلك العشرين سوطًا ونحوها، وإن كان لا هيبة له فأدنى من ذلك، وجاء أن عمر ابن عبد العزيز ضرب رجلا افترى على نصرانية أم مسلم بضعا وثلاثين.

مسألة: وقال ابن الماجشون: والحر يقذف العبد لا يعزر، إلا أن يكون قد نهى عن أذى هذا العبد بخصوصه، أو يكون فاحشا معروفًا بأذى الناس فيعزر، ويكون ذلك نهيا له عن العبد وغيره، وقال فى قذف المسلم للنصرانى مثله أيضًا، وكذلك إن رمى عبد عبدًا فلا حد عليه وعليه الأدب.

مسألة: وفى «مختصر المدونة» للباجى: وإذا قذف ذمى مسلمًا حد حد القذف ثمانين.

مسألة: ومن أمر عبده أن يقذف رجلا فقذفه فإنهما يحدان جميعا، سواء قال له اقذفه، أو قال له قل له يا ابن الفاعلة، ولو أمر أجنبيًا أن يقذف رجلا فقذفه، فإن قال له: اقذف فلانا فقذفه فالحد على المأمور، وعلى الآمر النكال، وإن قال له: قل يا ابن الفاعلة فقال له ذلك، فالحد عليهما جميعا، لأنه وإن كان الآمر قد قال له ذلك، وثبت بالبينة أنه أمره بذلك فقد قذفه المأمور أيضًا، والفرق بين الأحنبى والعبد إذا أمره بالقذف، أن العبد كنفسه لما يلزمه من خوف سيده، والأجنبى ليس كذلك، وهو مثل ما لو قال لعبده اقتل فلانا فقتله قتلا جميعا، ولو قاله لأجنبى قتل القاتل ولم يقتل الآمر وضرب مائة وحبس سنة، وفيه الخلاف وهذا أحسن ما فيه عندى؛ قاله ابن حبيب.

مسألة: إذا قال من ركب دابتى هذه فهو ابن الزانية، فمن ركبها بعد قوله لم يحد له، ومن ركبها قبل قوله وهو عالم به حد له.

مسألة: سئل سحنون عن رجل قال لرجل: يا ندل يا ابن الندل، فقال: إن كان يحضر الملاهى فهو ندل؛ من زيادات «معين الحكام».

مسألة: وفى «مفيد الحكام» قال أشهب: ويحد القائل لآخر يا حمار، لأنه شبهه بالحمار الذى يركبه فى ردفه، وقال ابن القاسم: يعزر.

مسألة: ومن قال لرجل فلان يزعم أنك زان، وجاء على ذلك بالبينة أن فلانا قال ذلك له: فإن قال له ذلك مخاصمًا ومشاتمًا فعليهما الحد جميعًا، وإن قال له ذلك مخبرا فلا حد عليه والحد على الأول، وإن لم تقم بينة أن فلانا قاله فالحد على الذى خاطبه به، وإن كان مخبرا وإن جاءه على وجه الرسالة فقال: إن فلانا أرسلنى إليك يقول لك يا زان، أو جاء بذلك معه فى كتاب وأقر أنه يعرف ما فيه فعليه الحد، لأنه وإن ثبت أن فلانا أرسله فقد قاله هو أيضًا.

مسألة: ولو استب رجلان فقال أحدهما لصاحبه: يا أحمق فقال الآخر: أحمقنا هو ابن الفاعلة، قال أصبغ: أراه قذفا من القائل لأنه جواب للشتم، واستشار عن القذف بذكر الحمق، كان المقول له ذلك أحمق أو حليما، قال ابن حبيب: وهو أحب ما فيه إلى وفيه من الخلاف غير هذا.

مسألة: وقال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ فى الرجل يقول: من شهد على فهو ابن الفاعلة، فشهد عليه رجل فعلى قائل ذلك الحد، وكذلك لو قال: من دخل المسجد فهو ابن الفاعلة، فرماه رجل لم يكن عليه حد لأن هذا تعمد.

مسألة: قال أصبغ قال ابن القاسم: حضرت مالكا وسئل عن رجل قال لرجل: إن كنت من العرب فأنت ابن الفاعلة، فطلب المقذوف البينة أنه من العرب فلم يجدها، فقال مالك: أرى أن يضرب قائل ذلك سبعين جلدة، قال ابن القاسم وأرى السبعين كثيرًا ولكن الخمسين أو الأربعين، وكذلك كل من قل لرجل: إن كنت فعلت كذا وكذا، أو إن كان كذا فأنت ابن الفاعلة، فإنه إن ثبت ذلك الذى قاله أنه كذلك ضرب الحد، وإن لم يثبت ضرب نحو الذى ذكرنا.

مسألة: قال ابن حبيب: سمعت أصبغ يقول: حضرت ابن القاسم وقال له رجل: إن رجلا قال لى لست من العرب، فقلت له: من قال لى إنى لست من العرب فهو ابن الفاعلة، فقال له ابن القاسم: إن أقمت البينة أنك من العرب،

ضرب هو الحد لنفيه إياك من العرب، وضربت أنت أيضًا له الحد لأنك قذفته، فقال له الرجل: إنى لم أرده، إنما أردت الناس كأنه إنما جاوبته، فقال له ابن القاسم: إنما جاوبته وتقول لم أرده، ليس ينجيك ذلك من الحد ولكن صالحه.

مسألة: وسئل ابن الماجشون عن رجل قال لرجل: إن كنت قلت ما ذكرت فأنت ابن الفاعلة، قال: إن كانت له بينة أنه قاله فعليه الحد، وإن لم تكن له بينة فعليه الأدب لأنه رفث.

مسألة: قال ابن حبيب: وسمع مطرفا وابن الماجشون يقولان: قال مالك فى المرأة يقع زوجها على جاريتها ويزعم أنها وهبتها أو باعها إياه، وتنكر المرأة ذلك وتقول إنما واقعتها زنا، ثم تعترف أنها وهبتها أو باعتها إياه، أنه لا حد عليهما ولا عليه.

مسألة: وعن مالك فيمن قال لرجل: يا مخنث، إن كان فيه من التوضيع أو عمل النساء أو لين الكلام شىء، أحلف ما أراد غير ما فسر به قصده ثم عوقب، وإن كان الرجل من ذلك بريئًا لا يرى فيه شىء من ذلك حد قائل ذلك.

مسألة: قال ابن القاسم فيمن قال لرجل: يا ولد الخبيث، ضرب الحد، ولا نعلم الخبيث فى هذا إلا الزنا، قال لو قال له: يا ابن الخبيثة كان عليه الحد، إلا أن يحلف بالله أنه لم يرد الزنا وإنما أراد خبيثة فى فعلها أو خلقها، وينكل نكالاً موجعا، ولو نكل عن اليمين حبس، وكذلك من قال: يا ابن الفاسقة يا ابن الفاجرة يحلف بالله أنه ما أراد قذفا، فإن حلف أبرئ من الحد، وإن نكل حبس، فإذا طال حبسه ومضى على نكوله عن اليمين أدب أدبا موجعا ولم يكن عليه حد، قال ابن حبيب: وسمعت ابن الماجشون يقول فى قوله: يا ابن الخبيثة أو يا ابن الفاسقة أو الفاجرة، إذا أبى أن يحلف حد وبه نقول.

تنبيه: قال فضل لم يذكر ابن القاسم فى المحتاط له بالحبس فى قوله: يا ابن الفاسقة ويا ابن الفاجرة إذا نكل عن اليمين، كما ذكر فى قوله: يا ابن الخبيثة، وكذلك لم يذكر الحبس أيضًا فى قوله: يا فاجر ويا فاسق ويا خبيث إلا الحلف، وإن نكل أدب.

مسألة: وإذا قال رجل لرجل: يا مأبون وهو يلعب فى الأعراس، ويغنى ويضرب بالأكبار وفى كلامه تأنيث يتهم أن يكون مأبونا فلا يخرج القائل ذلك من الحد إلا أن يحق ما قال.

فرع: أما لو قال لرجل: يا قامر وهو مشهور فى القمار ومعروف به، أو يا سارق وهو قد أخذ فى السرقة غير مرة وأتهم بها وحبس فيها فلا شىء على قائل ذلك.

فصل

فى عفو المقذوف وما أشبه ذلك

مسألة: قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول: لا يجوز عفو أحد عن أحد بعد أن يبلغ الإمام، إلا ابن فى أبيه والذى يريد سترا، وقد قال مالك: إذا زعم المقذوف أنه يريد سترا فعفا، إن بلغ الإمام لم يقبل الإمام ذلك حتى يسأل عنه سرا، فإن خشى أن يثبت القاذف ذلك عليه أجاز عفوه، وإن أمن ذلك عليه لم يجز عفوه، قال ابن القاسم: سواء كان ذلك فى نفسه أو أبيه بعد موته.

قال أصبغ: ولا يسقط الحد أبدًا، بعفو المقذوف إذا أراد سترا إلا بأمر لا يخفى حتما من بينة قد عرفت، أو طائفة قد حضرت إقامة الحد عليه، بأنه أحبل امرأة غير ذات زوج أو ما أشبه ذلك، فأما بالغمز والتهم وقيل وقال فلا يعطل الحد بذلك، وقد يظن بالمرء ظنون لاسوء وهو منها برئ، وأما الرجل يقذف ابنه فيرفعه إلى السلطان فإن عفوه جائز، وإن أراد ستره أو لم يرده كذلك، كان مالك -رحمه الله- يقول: وكذلك عفو الوالد عن ولده فى القذف جائز وإن لم يرد سترا، قاله ابن الماجشون، وكذلك يجوز عفوه على جده لأبيه وإن بلغ الإمام، ولا يجوز ذلك فى جده لأمه، قال ابن القاسم، وأشهب: لأن الجد للأب يدلى بالأب؛ من «المنتقى».

تنبيه: قال ابن الماجشون: معنى مداراة الستر: أن يكون مثله يواقع ما قيل فيه فيجوز ولا يكلف ذكرها، لأن ذكره عار على من ذكره فلا يضطر إلى ذكره، وعفوه مقبول إذا كان ممن يخشى عليه مواقعة ما قيل فيه، فأما الفاضل المعروف بالعفاف فلا يجوز عفوه، لأنه ليس ممن يداوى بعفو سترا عن نفسه.

مسألة: فى المقذوف يريد أن يكتب على القاذف كتابا بذلك يقوم به عليه متى شاء، قال أصبغ: ذلك له وذلك جائز، وكذلك قال مالك: فلو قال ذلك بعد أن رفعه إلى السلطان، فقال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول: ليس ذلك له، وكتابة ذلك عليه كعفوه عنه، ولا يجوز عفوه عنه بعد بلوغه السلطان.

فرع: قال أصبغ: ولو حلف المقذوف أن لا يدع حقه الذى ثبت له فأراد أن يكتب بذلك كتابا كان حانثا.

فصل: قال أصبغ: سمع ابن القاسم يقول فى الرجل يقذف وهو غائب، ويقوم رجل بحده: ليس ذلك له وإن كان من قرابته إلا الولد فى أبيه أو فى أمه، ولكن لو كان السلطان هو الذى سمعه مع شاهدين عدلين حد هو وإن كان المقذوف غائبا.

فصل: قال عبد الملك وابن حبيب: ينبغى أن يكون إقامة الحد علانية وغير سر ليتناهى الناس عما حرم الله عليهم، والعمل فى قول مالك وأهل المدينة أن يرفع يده بالسوط، وأن يضرب الضرب الوجيع ولا يضرب إلا الظهر فقط، وقال غيره على الظهر والكتفين دون غيرهما، وفى «مفيد الحكام» قال سحنون: وإذا جعل السلطان فضرب المحدود على غير الظهر فلا يجزئ من الحد، ولا شىء على السلطان فى مثل هذا لأنه مما لا عقل فيه.

قال ابن حبيب: والضرب فى الحدود كلها سواء فى الإيجاع، إلا أن الضرب فى الخمر أشد ذلك كله، قال ابن حبيب: وحدثنى ابن الماجشون عن إبراهيم بن أسعد عن أبيه عن جده قال: لما جلد أبو بكرة أمرت أمه بشاة فذبحت، ثم جعلت جلدها على ظهره، قال إبراهيم: فكان أبى يقول ما ذاك إلا من ضرب شديد، قال: وكان أبى يرى أن ضرب الحد شديد.

قال ابن حبيب: وحدثنى ابن المغيرة عن الثورى عن جابر الجعفى، قال: النساء يضربن ضربا دون ضرب الرجال بسوط دون سوط الرجال، ولا يحددن ولا يمددن وتتقى وجوههن، قال الثورى: وبلغنى أن النساء يضربن قعودًا والرجال قيامًا، قال ابن الحاجب: والحدود كلها بسوط وضرب معتدلين قاعدًا غير مربوط مخلىّ اليدين

على الظهر والكتفين دون غيرهما، ويجرد الرجال ويترك على المرأة ما يقيها، واستحسن أن تجعل المرأة فى قفة، وفى «مختصر الواضحة» فى غير موضع آخر.

قال أصبغ: وينبغى للقاضى إذا ضرب الناس فى الحدود كلها أن يضربهم قعودًا، ويأمر الجلاد أن لا يرفع يده بالسوط حدا ولا يخففها جدا ولكن وسطا من ذلك، وضرب الشيخ والشاب فى الحدود كلها سواء فى الإيجاع، وإذا اقتص للناس فى جراحاتهم دعى بطبيب رفيق يقتص لهم وأجرته على المقتص له، ويستحب للسلطان أن يختار رجلا عدلا لإقامة الحدود على أهلها، عارفا بوجوه ذلك لما لله تعالى فى ذلك من حق؛ ذكره الزناتى، فقد كان على بن أبى طالب يقيم الحدود لأبى بكر وعمر فى خلافتهما، ولا تقام الحدود إلا بالسوط، ولا تكون بالدرة، وفى «مفيد الحكام»: ولا يجزئ فيها القضيب ولا الدرة ولا الشراك مكان السوط.

قال فى «المدونة»: وإنما كانت درة عمر -رضى الله عنه- للأدب، فإذا حضرت الحدود قرب السوط، قال ابن رشد فى «البيان» وفى «سماع أبى زيد» أنه إن ضربه فى الزنا بالدرة فى ظهره أجزاه، قال: وما هو بالبين، قال: ولا يعاد الحد بالسوط إذا أقيم بالدرة، فقد يكون من الدرر ما هو أوجع من كثير من السياط، فلا يجمع عليه حدان إلا أن تكون الدرة لطيفة لا تؤلم ولا توجع، فيعاد الحد بالسوط.

قال الزناتى: ولا يعتمد بضربة مكان ضربة قبلها بل يفرق عليه الضرب، إذ فى ذلك راحة له، قال: وقيل يفرق على سائر أعضائه إلا الوجه والفرج وهو خلاف ما قدمناه، قال: ولا يشطط بالأيدى وبالأرجل ولا يمد بحال ولا تربط يداه بل تترك له يدفع بهما عن نفسه؛ هذا فى الحدود.

وأما العقوبات والتعزيرات فما عظم منها، فهو كما تقدم فى الحدود ما خف منها ضرب صاحبه على ثيابه وفوق رأسه، وربما كانت يحبس دون ضرب كما سيأتى ذكره -إن شاء الله تعالى- ويكون السوط الذى يجلد به متوسطًا لا جديدًا ولا خلقا ويكون قد قطعت ثمرته، وثمرة السوط عقدة فى طرفه؛ قاله الجوهرى.

فصل

فى الحرابة وعقوبة المحاربين

وقطاع الطريق والمغيرين

والحرابة كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه يتعذر معه الاستغاثة عادة كإشهار السلاح والخنق وسقى السكران لأخذ المال، وإن قل عبدًا أو ذميًا على ما معه وإن قل فهو محارب، وفى «المنتقى» قال القاضى أبو أحمد: المحارب هو القاطع للطريق المخيف للسبيل، الشاهر السلاح لطلب المال فإن أعطى وإلا قاتل عليه، كان فى الحضر أو خارج الحضر، قال ابن القاسم وأشهب: وقد يكون محاربًا، وإن خرج بغير سبيل وفعل فعل المحاربين من التلصص وأخذ المال مكابرة، ويكون الواحد محاربًا.

وفى «العتبية» و «الموازية»: إن من خرج لقطع السبيل بغير مال فهو محارب، مثل أن يقول لا أدع هؤلاء يخرجون إلى الشام أو إلى مصر أو إلى مكة فهذا محارب، وكذا كل من حمل السلاح على الناس أو أخفاهم لغير عداوة ولا إثارة فهو محارب؛ قاله ابن القاسم -رحمه الله.

مسألة: قال الشيخ أبو إسحاق: قاطع الطريق أحق بالقتال من الروم.

مسألة: قال ابن القاسم: وقتل الغيلة أيضًا من الحرابة، مثل أن يغتال رجلا أو صبيًا ليخدعه حتى يدخله موضعًا فيأخذ ما معه فهو كالحرابة.

مسألة: ومن عرض له لص ليغصبه ماله فرماه ونزع عينه فلا دية عليه فى ذلك ولا فى نفسه.

مسألة: قال مالك: ومن لقى رجلا عند العتمة أو فى السحر فى خلوة فنزع ثوبه فلا قطع عليه، إلا أن يكون محاربًا؛ يريد لأن هذا مختلس، ولا قطع على المختلس.

مسألة: ولو دخل دارًا بالليل وأخذ مالا مكابرة ومنع من الاستغاثة فهو محارب.

مسألة: ولو دخل على رجل فى داره فضربه وكابره حتى ضربه أو جرحه أو قتله، ثم خرج ولم ينهب متاعا وكان ذلك لعدواة فليس بمحارب وفيه القصاص، وليس غاصبًا محاربًا.

مسألة: قال مالك: ويناشده الله ثلاثًا فإن عاجله قاتله.

مسألة: وتثبت الحرابة بشهادة رجلين ولو من الرفقة، إلا أن يضيف الجناية لأنفسهما.

مسألة: وفى «التبصرة» للخمى: وتجوز على المحاربين شهادة من حاربوه، وهذا إذا أقر المحاربون بالحرابة وادعوا المال لأنفسهم، أو أنكروا الحرابة جملة، لأنهم إن أنكروا الحرابة جملة فقد أزالوا الظنة، وإن صدقوهم فقد أقروا بقطع الطريق، فجوز شهادة أهل الرفقة عليهم بعضهم لبعض وإن اعترفوا بالحرابة، وإن كان المتاع لأهل الرفقة انتزع من أيديهم، وكان المقال فيه لأهل الرفقة، فإن ادعى كل واحد منهم شيئًا وسلم الآخران أخذه، وإن تنازع اثنان شيئًا تحالفا واقتسماه، وإن نكلا اقتسماه، وإن نكل أحدهما كان للآخر، وإن بقى شىء لا يدعيه أحد وقف، وإن تنازع اثنان أحدهما من أهل الرفقة والآخر من غيرهم، كان لمن هو من أهل الرفقة دون الآخر ويحلف إن أتى الآخر بشبهة.

وأما إن أحد المحاربون ومعهم مال بعد افتراق الرفقة ولم يعلموا، فادعى المال رجلان تحالفا وكان بينهما، ومن نكل كان لمن حلف منهما، قال محمد: وإن نكلا لم يكن لهما فيه شىء، ونكولهما فى هذه المسألة بخلاف التى قبلها، لأن أولئك كانوا أهل المال والرفقة حاضرون، وهنا يمكن أن يكون لغيرهما.

ومن ضرب رجلا بعصا لأخذ ما معه فمات فإنه يقتل، وإن لم يرد قتله لأنه من الحرابة، ولو لم يرد قتله لأنه من الحرابة، ولو لم يكن لأخذ ما معه، لكن لعدواة بينهما وشر ففيه القصاص أو العفو؛ قاله مالك.

مسألة: ومن «العتبية» فى سماع أشهب عن مالك: فيمن لقى رجالا فأطعمهم السويق فماتوا، فقال: ما أردت قتلهم، وإنما أردت أخذ ما معهم، وإنما أعطانى السويق رجل وقال: إنه يسكر، فقال مالك: يقتل، قال فى «كتاب محمد» ولو

قال: ما أردت قتلهم ولا أخذ أموالهم وإنما هو سويق ولا شيء فيه إلا أنهم لما ماتوا أخذت أموالهم، قال: لا شيء عليه غير رد المال.

فرع: قال مالك فى «الموازية»: والمعلن والمستخفى من المحاربين سواء، إذا أخذ المال، والرجال والنساء والأحرار والعبيد والمسلمون وأهل الذمة فى ذلك سواء.

مسألة: وإذا أخذ السارق المتاع ليلا فطلب رب المال المتاع منه فكابره فهو محارب.

مسألة: ولو لقى رجل رجلا معه طعام فسأله طعامًا، فأتى عليه فكتفه ونزع منه الطعام ونزع ثوبه، فقال: هذا يشبه المحارب يريد أنه مغالب على أخذ المال مكابرة وصفته صفة المحارب.

فرع: وقد تقدم أن المحارب فى المصر وغير المصر سواء، وهو قول ابن القاسم وأشهب، وقال أبو محمد : لا يكون محاربا إلا بقطعه فى الصحراء والبرية النائية عن البلد، وقال عبد الملك بن الماجشون: لا يكونون محاربين فى القرية لأنهم لا يؤذون إلا الواحد والمستضعف وليس فى القرى حرابة.

مسألة: ويستحق المحارب بأخذ المال اليسير ما يستحقه بأخذ المال الكثير.

مسألة: قال ابن المواز: لا يختلف مالك وأصحابه فى إجازة قتل المحاربين، وأن من قتلوه فهو خير قتيل، ومن قتل منهم فهو شر قتيل، قال مالك: ويناشده الله تعالى ثلاثًا فإن عاجله قاتله، وقال عبد الملك: لا يدعوه وليبرز إلى قتله، قال مالك وابن القاسم وأشهب: جهادهم جهاد، وقال عنه أشهب: من أفضل الجهاد وأعظمه أجرًا، قال مالك فى أعراب قطعوا الطريق: جهادهم أحب إلى من جهاد الروم، وقد قال ﷺ: «**من قتل دون ماله فهو شهيد**»، وإذا قتل دون ماله ومال المسلمين فهو أعظم لأجره؛ من «المنتقى».

مسألة: وإذا ظفر بالمحارب فلا يلى قتله، ويرفعه إلى الإمام إلا أن يخاف أن لا يقيم الإمام عليه الحكم فليلى من ذلك ما كان يليه الإمام.

مسألة: فإن طلب اللص الشيء اليسير من المال كالطعام والثوب وما خف، فقد قال مالك: يعطاه ولا يقاتل، وقال سحنون: لا يعطى شيئًا وإن قل ولا يقاتل لأنه

أقل لطمعهم، وقال عبد الملك: لا يعطى اللصوص شيئًا وإن قل، وهذا فى العدد المناصب لهم الراجى لغلبتهم، وأما من يوقن أنه لا قوام له ولا عدة ولا مناصبة فهو كالأسير، وعسى أن يعذر فيما يعطيهم - إن شاء الله.

مسألة: ولا يجوز للإمام أن يومن المحارب إذا سأل الإمام بخلاف المشرك، ولا يجوز للإمام أن يؤمن المحارب ويتركه على ذلك، ولا أمان له على ذلك لأنه فى سلطانك وعلى دينك، وإنما امتنع لعزته لا لدين ولا ملة؛ رواه ابن سحنون عن عبد الملك.

فرع: وإذا امتنع المحارب بنفسه حتى أعطى الأمان فأخذ على ذلك، قال ابن المواز: فقيل يتم له ذلك، وقيل: ليس له ذلك ويؤخذ بحق الله تعالى، وقاله أصبغ سواء امتنع فى حصن أو مركب أو على فرس، سواء أمنه السلطان أو غيره، قال: لأن حق الله تعالى لا يزول إلا بالتوبة قبل أن يقدر عليه.

مسألة: وإذا فر اللصوص فقد روى أصبغ: إن كان قتل أحدًا فليبع، وإن لم يكن قتل أحدًا فما أحب أن يتبع بقتل، وقال سحنون: يتبعون وإن بلغوا برك الغماد، وروى عنه أنه يتبع منهزمهم ويقتلون مقبلين ومدبرين ومنهزمين، وليس هروبهم توبة.

مسألة: وأما التذفيف فإن لم يستحق هزيمتهم وخيف كرتهم ذفف على جريحهم وإن استحقت الهزيمة فجريحهم أسير والحكم فيهم إلى الإمام، وفى «الموازية» قال ابن القاسم: لا يجهز على جريحهم ولم يره سحنون.

مسألة: وإذا أخذ اللصوص قبل التوبة لزمهم الحد وهو: القل والصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف أو النفى والحبس، والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾ [المائدة: ٣٣]، الآية قال ابن المواز، وابن سحنون عن مالك: إن ذلك على التخيير، وهو تخيير متعلق باجتهاد الإمام ومصروف إلى نظره، ومشورة الفقهاء بما يراه للمصلحة والذب للفساد، وليس ذلك على هوى الإمام ولكن على الاجتهاد، وإذا ثبت أنه على الاجتهاد فللإمام أن يقتل المحارب وإن لم يقتل ولا أخذ مالا من أحد.

فرع: قال الباجى: ولا يخلو من أحد الأمرين إما أن يكون طال أمره أو أخاف السبيل أو أخذ بحضرة خروجه، فإن كان طال أمره، وأخاف السبيل، ولم يقتل ولا أخذ مالا، فقد قال محمد: هو مخير فى قتله أو صلبه، أو قطعه من خلاف أو ضربه أو نفيه، وذلك بقدر ذنبه، وروى ابن القاسم عن مالك: هو مخير فى ذلك إذا أخذ حضرة ذلك أو بعد طول زمان.

قال أشهب فى الذى أخذ بحضرة ذلك ولم يقتل ولم يأخذ المال، هذا الذى قال فيه مالك: لو أخذ فيه بأيسر ذلك، قال عنه ابن القاسم: أحب إلى أن يجلد وينفى ويحبس حيث تفى إليه، قال أشهب: فإن رأى الإمام أن يقتله أو يقطعه من خلاف، فذلك له على الاجتهاد فيه، قال الباجى: فيقتضى هذا أنه على التخيير بشرط الاجتهاد.

فرع: وأما إن طال أمره وأخذ المال ولم يقتل بحد فقد قال مالك وابن القاسم فى «الموازية»: يقتل ولا يختار الإمام فيه غير القتل، وقال أشهب: وهو مخير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف، وروى عنه ابن وهب: أن الإمام مخير فى أى الخصال الأربع.

تنبيه: قال محمد: ولا يجلد بالسياط قبل القتل، قال أشهب فى «كتاب ابن سحنون»: ولا تقطع يده ولا رجله مع القتل.

فرع: والصلب هو الربط على الجذوع: وعند ابن القاسم أنه يصلبه ثم يقتله بطعنة، ورواه ابن حبيب عن مالك، وقال أشهب: أنه يصلبه ثم يقتله بطعنة، ورواه ابن حبيب عن مالك، وقال أشهب: يقتله ثم يصلبه، والصلب مختص بالرجل دون المرأة المحاربة.

فرع: ولو حبسه الإمام ليصلبه فمات فى السجن فإنه لا يصلبه ولو قتله أحد فى السجن أو قتله الإمام فليصلبه، والفرق أنه إذا مات حتف أنفه فقد فاتت العقوبة فيه، فلا معنى لصلبه، لأنه إنما هو صفة من صفات القتل أو تشنيع للقتل بعد وقوعه، فإذا فات القتل بالموت سقطت صفته وتوابعه، وأما إذا قتل فى السجن فقد وجب القتل فتعقبه توابعه.

فرع: واختلف هل يبقى على الجذوع حتى تفنى الخشبة وتأكله الكلاب؟ أو يمكن أولياؤه أو غيرهم من غسله ودفنه؟ والأول: رواية ابن حبيب عن ابن الماجشون، والثانى: رواية ابن سحنون عن أبيه.

مسألة: والنفى مختص بالأحرار الذكور ولا نفى على العبيد؛ قاله ابن القاسم وأشهب.

مسألة: فإذا أخذ المحارب قبل أن يتوب، فقد قال مالك: لا عفو فيه لإمام ولا لولى قتيل ولا لرب متاع، وهو حد لله لا شفاعة فيه، فلو أسلم القاضى المحارب إلى أولياء المقتول فعفوا عنه، فقال ابن القاسم وسحنون: هو حكم قد نفذ لا ينقض للاختلاف فيه، وقال أشهب: ينقض ويقتل ولا خلاف أنه لا عفو فيه، قال ابن الماجشون: قال الشيخ فى «نوادره» يريد أشهب أن الشاذ لا يعد خلافا.

مسألة: إذا قتل واحد من اللصوص قتيلا، قال ابن القاسم: فقد استوجب جميعهم القتل ولو كانوا مائة ألف، وذكر القاضى أبو محمد هذه المسألة فقال: إذا قتل أحدهم وكان سائرهم ردءًا لهم وأعوانًا لم يباشروا القتل فإن جميعهم يقتلون، قال ابن القاسم: ولو تابوا كلهم، فإن للولى قتلهم أجمعين، ولهم قتل ما شاءوا والعفو عما شاءوا على دية أو غير دية، وقال أشهب: إن تابوا قبل القدرة عليهم سقط عنهم حد الحرابة، ولا يقتل منهم إلا من ولى القتل أو أعان عليه، ولا يقتل الآخرون ويضرب كل منهم مائة ويسجن عامًا.

مسألة: ولا يراعى بالقتل بالحرابة تكافؤ الدماء فيقتل المسلم بالذمى، والحر بالعبد لأنه ليس بقتل قصاص، وإنما هو حق الله تعالى.

مسألة: وإذا أخذ المحاربون مالا فقدر على أحدهم قبل التوبة فإنه يلزمه غرم جميع ذلك أخذ من ذلك حصة أو لم يأخذ، ولو تاب أحدهم وقد اقتسموا المال فإن هذا التائب يغرم جميع المال، لأن أخذ المال إنما قوى بهم، وقال محمد بن عبد الحكم: لا نرى على كل واحد منهم إلا ما أخذ، قال الباجى رحمه الله تعالى: فعلى هذا سلم أشهب فى المال، وفرق بينه وبين القتل، وسوى بينهما ابن القاسم فى أن كل واحد منهم يؤخذ بجميع ما جنى أصحابه.

فصل: وفى «أحكام ابن سهل»: فيمن تعدى على دار فكسر بابها وضرب صاحب الدار وانتهب ما فيها، ووقعت فى ذلك فتوى رفعت إلى الفقهاء وصورتها، أنه شهد عند القاضى شهود أنهم قالوا لرجل: نبئنا ما سمعنا عن ولديك من مسيرهم بفلان وفلان إلى دار فلان، فكسروا الباب وهجموا على العيال وانتبهوا ما فى الدار، وضربوا صاحب الدار حتى أشرف على الموت، فقال ولد الرجل: نعم فعلنا ذلك، وشهد الشهود أنهم يعرفون الفعلة بأعيانهم وأسمائهم، من أهل الفساد وشرب الخمر والعياثة.

فأجاب الفقهاء: أنه يجب الأدب البليغ والحبس الطويل على الفعلة المشهود عليهم إن لم يكن عندهم مدفع، وإن ذكروا مدفعًا حبسوا وكشفوا عن مدفعهم وهم فى الحبس، فإن مثل هذا شنيع يكون فى مجمع وحاضرة فيستحقون الأدب البليغ.

ومن شهد عليه بشرب الخمر منهم فعليه الحد وزيادة فى الأدب لعظيم ما انتهكوا؛ قاله عبيد الله وابن وليد وابن لبابة وسعد بن معاذ، قال القاضى أبو الأصبغ بن سهل: سكتوا فى جوابهم عن الحكم على المشهود عليهم بغرم ما انتبهوا من الدار وهو مما يجب بيانه، وقال ابن حبيب فى «كتاب الأحكام»: سألت مطرفًا وابن الماجشون عن القوم يغيرون على منزل الرجل فيعدون عليه، والناس ينظرون إليه فينتهبونه ويذهبون بما كان فيه من مال أو ثياب أو طعام أو ما أشبه ذلك، غير أن الشهود لا يشهدون على معاينة ما يذهبون به إلا أنهم يشهدون على غارتهم وانتهابهم، فقال لى مطرف: أرى أن يحلف الغار عليه على ما ادعى مما يشبه أن يكون له، وأن مثله يملكه مما لا يستنكر ويصدق فيه، وقال ابن الماجشون: لا أرى أن يعطى بقوله ويمينه وإن ادعى ما يشبه حتى يقيم بينة بدعواه، فسألت عن ذلك أصبغ بن الفرج، فأخبرنى عن ابن القاسم بمثل قول ابن الماجشون، واحتج بقول مالك فى منتهب الصرة بحضرة شهود، ثم اختلفا فى عدة ما كان فيها ولا يعرفه الشهود، قال مالك: القول قول المنتهب مع يمينه.

قال ابن حبيب: وقول مطرف فى ذلك أحب إلى وبه أقول، وقاله ابن كنانة والظالم أحق أن يحمل عليه.

مسألة: قال ابن حبيب: قلت لمطرف فإن أخذ أحد من هؤلاء المغيرين أيضمن ما أغاروا عليه؟ إذا شهدت بينة أو حلف المغار عليه فيما يشبه، قال: نعم يضمن ذلك من أخذ منهم، لأن بعضهم قوى ببعض.

قال ابن حبيب: قال مطرف، وكذلك اللصوص المحاربون القاطعون الطرق، من أخذ منهم ضمن جميع ما أخذوا، ولو أخذوا جميعا أو أخذ السارق أو المغيرون جميعا وهم أغنياء، أخذ من كل واحد منهم ما ينوبه، وقال ابن الماجشون وأصبغ فى ضمان ذلك مثل قول مطرف.

قال ابن حبيب: وحد هؤلاء المغيرين فى العقوبة كحد المحاربين إذا شهروا السلاح عليه وفعلوه مكابرة على وجه العيائة.

فرع: قال ابن حبيب: فى والى بلد بعث على بعض أهله فيغير عليهم، وينتهب أموالهم ظلمًا مثل ما قدم فى المغيرين، هكذا قال لى جميعهم يعنى: أصبغ ومطرفًا وابن الماجشون.

مسألة: قال أبو الوليد الباجى - رحمه الله: وإذا أقيم على المحارب حد الحرابة، فقتل أو قطع أو نفى لم يتبع من الأموال بشىء مما جناه فى حال عدمه، وكذلك إن أيسر بعد ذلك وإذا تاب قبل أن يقدر عليه اتبع فى عدمه بأموال الناس، كالسارق فى السرقة؛ قاله مالك وابن القاسم وأشهب.

مسألة: ويقبل شهادة الذين قطع عليهم الطريق واللصوص أنهم قطعوا عليهم الطريق؛ قاله مالك وابن القاسم وأشهب، قالوا: لأنه حد من حدود الله تعالى، وتقبل شهادة بعضهم لبعض بما أخذه له، ولا تقبل شهادته لنفسه ولا لابنه، وتقبل شهادته أن هذا قتل ابنه، لأنه يقتل بالحرابة لا بالقصاص، إذ لا عفو فيه، ولو شهد عليه بذلك بعد أن تاب لم تقبل شهادته، لأن الحق له فى العفو والقصاص وهذا إذا كانوا عدولا، فإن كانوا عبيدًا أو نصارى أو غير عدول لم يقبلوا، ولكن إذا استفاض ذلك من الذكر وكثرة القول أدبهم الإمام ونفاهم.

مسألة: وما وجد بأيدى اللصوص فادعوه أنه مال لهم، فقد قال أشهب: هو لهم وإن كثر حتى يقيم المدعى فيه بدعواه البينة، وأما إذا أقروا أنهم إنما أخذوه

بالحرابة، فيقبل فى ذلك شهادة أهل الرفقة بعضهم لبعض ولا تجوز لنفسه، ومن ادعى شيئًا ولم يكن له بينة، فقد قال مالك فى «الموازية»، و«كتاب ابن سحنون»: يدفع إليه بعد الاستيناء وبعد أن يفتشوا ذلك، ولا يطول جدا وبعد أن يحلف على دعواه ويضمنوا ذلك، ولا يطلب منهم حميل وقد تقدم بعض هذا.

فصل

فى أحكام الخوارج والبغاة

وهى على قسمين: أهل تأويل وأهل عناد، وقد قاتل أبو بكر الصديق وعلى بن أبى طالب - رضى الله عنهما - الفريقين، لأن أبا بكر - رضى الله عنه - قاتل مانعى الزكاة، وكان بعضهم منعها شحا بماله وهم البغاة، وبعضهم منعها بالتأويل وقالوا: زمان وجوبها قد انقضى، والمخاطب بأخذها قد مات ﷺ، وتأولوا أن قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ﴾ [التوبة: ١٠٣]، لا يتأتى ذلك من غيره ولم يقم دليل على قيام غيره فى ذلك مقامه، وأما على - رضى الله عنه - فقد قاتل أهل الشام وأهل البصرة، لأنهم أبو الدخول فى طاعته، وقد قال ﷺ لعمار: «تقتلك الفئة الباغية» وكان مع على - رضى الله عنه - فقتله أهل الشام، وقاتل أهل النهروان وهم متأولون، وللإمام العدل خاصة فى قتال الفريقين جميعا ماله فى قتال الكفار من القتل والتحريق والتغريق والرمى بالمنجنيق وإن كان فيهم النساء والذرية، ولكن بعد أن يدعوهم إلى الدخول فى جماعة الإسلام، قال سحنون: فى كتاب ابنه إذا خرجوا بغيا ورغبة عن حكم الإمام، فإن الإمام يدعوهم أولاً إلى الرجوع إلى الحق، فإن فعلوا قبل منهم وكف عنهم، وإن أبوا قاتلهم وحل له سفك دمائهم حتى يقهرهم.

مسألة: ولا يقتل أسيرهم لأن قتالهم لأجل قهرهم وقد حصل ولكن يؤدب ويسجن حتى يتوب.

فرع: وإذا ظهر عليهم وتحققت هزيمتهم وأمنت عودتهم، فلا يذفف على جريحهم ولا يقتل منهزمهم، وإن لم يؤمن رجوعهم فلا بأس بقتل منهزمهم وتجريحهم.

مسألة: ولا بأس أن يقتل الرجل فى قتاله قريبه مبارزة وغير مبارزة، وكذلك جده لأبيه ولأمه، وأما الأب فلا أحب قتله على العمد مبارزة أو غيرها، وكذلك الأب الكافر مثل الخارجى، وقال أصبغ: يقتل فيهما أخاه وأباه؛ من «ابن رشد».

تنبيه: قال ابن عبد السلام: وهذا الحكم ظاهر فى أهل العناد والمعصية وشبههم، وأما المبتدعة فالمذهب أن من أظهر بدعته يستتاب، لأن بدعته التى خرج بسببها لم يزل معتقدا لها وإذا كان الحكم أنه يستتاب، وإن لم يخرج على الإمام فأحرى إذا خرج، والله أعلم.

فصل

فى حكم الردة والعياذ بالله

ونسأل الله حسن الخاتمة

وهى الكفر بعد الإسلام، قال ابن الحاجب: وتكون بصريح وبلفظ يقتضيه وبفعل يتضمنه، قال ابن راشد: فالصريح واضح كقوله: أشرك بالله أو أكفر بمحمد، واللفظ الذى يقتضيه مثل أن ينسب التأثير للنجوم، ومثل الخطيب يرى كافرًا يريد أن ينطق بكلمة الإسلام، فيقول له: اصبر حتى أفرغ من خطبتى، فإنه يحكم بكفر الخطيب لأن ذلك يقتضى أنه أراد بقاء الكفر، قال: وهذا سمعه من شيخنا شهاب الدين القرافى -رحمه الله- ولم أر من نص عليه.

وقال: ونزلت فى أيامه مسألة وهى أن رجلا قال لآخر: أمات الله البعيد الكافر، فأفتى شرف الدين الكركى بكفره، قال: لأنه أراد أن يكفر بالله، وقال شيخنا شهاب الدين القرافى إرادة الكفر لم تكن مقصودة له، وإنما أراد التغليظ عليه فى الشتم وإرادة الكفر شىء يئول إليه الأمر وما قاله هو الصواب.

قال ابن عبد السلام: واللفظ الذى يقتضى الكفر كجحده لما علم من الشريعة ضرورة كالصلاة والصيام.

قال ابن راشد: وأما الفعل الذى يتضمن الكفر فمثل التردد إلى الكنائس والتزام الزنار فى الأعياد.

قال ابن عبد السلام: وكتلطيخ الركن الأسود بالنجاسات وإلقاء المصحف فى القاذورات، وهذه الأفعال دلت على الكفر، لا أنها هى كفر لما قام من الأدلة على بطلان التكفير بالذنوب.

فرع: ولا تقبل الشهادة بالردة المجملة، فقول الشهود: كفر فلان أو ارتد، بل لابد من تفصيل ما سمعوه ورأوه منه لاختلاف الناس فى التكفير، فقد يعتقدون كفرًا ما ليس بكفر.

فرع: ولو أسلم ثم ارتد عن قرب وقال: أسلمت عن ضيق أو خوف أو غرم عنده، ففى قبول عذره قولان، وأما لو أقام على الإسلام بعد زوال العذر فهذا يقتل ولا يقبل عذره.

فرع: ولو توضأ وصلى ثم اعتذر، فقد قال أبو محمد: نصرانى صحب قومًا فى السفر فأظهر الإسلام وتوضأ وصلى، وربما قدموه فصلى بهم، فلما أمن على نفسه أخبرهم وقال: صنعت ذلك تحصنا بالإسلام لئلا يؤخذ ما معى، أو نحو ذلك من العذر فذلك له إن أشبه ما قال، ويعيدون ما صلوا خلفه فى الوقت وبعده.

وروى يحيى بن يحيى عن مالك مثله، وقال سحنون: إن كان بموضع يخاف على نفسه فدارى عن نفسه وماله فلا شىء عليه، وإن كان بموضع هو فيه آمن فليعرض عليه الإسلام، فإن أسلم لم يكن على القوم إعادة وإن لم يسلم قتل ويعيدون.

مسألة: وحكم المرتد إن لم تظهر توبته القتل.

مسألة: والردة طلقة بائنة ممن كان من الزوجين وهو مذهب «المدونة»، وروى ابن الماجشون عن مالك: أنها فسخ بغير طلاق.

فرع: قال المتيطى: وأجمع أهل العلم فيما علمت أن المسلم إذا ارتد أنه يستتاب ثلاثًا، فإن تاب وإلا قتل، حاشا عبد العزيز بن أبى سلمة فإنه كان يقول: يقتل المرتد ولا يستتاب.

فرع: وفى وجوب إمهاله ثلاثة أيام قولان، قال ابن القاسم: ويطعم ما يكفيه من ماله ولا يوسع عليه، قال أصبغ: ويخوف فى الثلاثة الأيام بالقتل ويذكر الإسلام ويعرض عليه، وقال مالك: لا يخوف ولا يجوع ولا يعطش ولا يعاقب، وأما ماله فيوقف، فإن تاب فله على الأصح، وقيل: لا يرد عليه لأنه كان كافرًا لا عهد له، فيكون كفئ لجماعة المسلمين.

فرع: وإذا قلنا: إنه ينفق عليه من ماله فى أيام الاستتابة فإنه لا ينفق منه على ولده ولا على عياله؛ «ابن راشد»، وأحكام المرتد مشهورة فى محلها من كتب الفقه.

فصل

فى حكم الزنديق

والزندقة هى إظهار الإيمان وإبطال الكفر، فمن أسر دينا من الأديان غير الإسلام فإن أتى تائبًا قبلت توبته وإن أخذ على دين أخفاه قتل ولم يستتب، ونقل ابن عبد السلام عن ابن لبابة: أنه يستتاب كالمرتد وهو مذهب جماعة من العلماء، قال مالك - رحمه الله: النفاق فى عهد رسول الله ﷺ هو الزندقة فينا اليوم، فيقتل الزنديق إذا شهد عليه بها دون استتابة، لأنه لا يظهر ما يستتاب منه.

مسألة: واختلف فى ميراثه هل هو لورثته أو لجماعة المسلمين.

مسألة: ومن عبد شمسا أو قمرا أو حجرا أو غير ذلك فإنه يقتل، ولا يستتاب إذا كان يظهر الإسلام ويسر ذلك لأنه لا تعرف توبته.

مسألة: وفى «أحكام ابن سهل»: وحكم على عبد الله بن أحمد بن حاتم الطليطلى بالزندقة لما شهد به عليه من الألفاظ القبيحة، منها أنه كان يقول عن النبى ﷺ قال اليتيم وقال يتيم قريش، وقال ختن حيدرة، وحيدرة من أسماء على ابن أبى طالب - رضى الله عنه - وقال عنه ﷺ أن زهده لم يكن عن قصد، وأنه ﷺ لو قدر على رقيق الطعام لم يأكل خشنه، وأن عمر وعليا - رضى الله عنهما- كانا أحمقين، لعنه الله، وقال: لا يجب الغسل من الجنابة، وأنكر القدر وأشياء غير ذلك، فحكم عليه بالزندقة وصلب وطعن مصلوبًا بقرطبة.

فصل

فيمن سب الله تعالى أو الملائكة أو الأنبياء أو سب أصحاب النبى ﷺ

وقد استوعب القاضى عياض - رحمه الله - الكلام فى هذا وما أشبهه ولم يترك لغيره مقالا، وقال - رحمه الله : لا خلاف أن ساب الله تعالى من المسلمين كافر حلال الدم واختلف فى استتابته، وورواية ابن القاسم عن مالك أنه يقتل ولا يستتاب، وقال المخزومى ومحمد بن سلمة وابن حازم: لا يقتل بالسب حتى يستتاب.

مسألة: وأفتى ابن أبى زيد فيما حكى عنه فى رجل لعن رجلا ولعن الله، وقال: إنما أردت أن ألعن الشيطان فزل لسانى، فقال: يقتل بظاهر كفره ولا يقبل عذره، وهو معذور فيما بينه وبين الله تعالى.

مسألة: واختلف فقهاء قرطبة فى قتل رجل قال عند استثقاله من مرضه: لقيت من مرض هذا لو قتلت أبا بكر وعمر لم استوجب هذا كله، فقال بعض من رأى بطرح القتل عنه أنه يثقل عليه فى الحبس والشد فى الأدب.

مسألة: قال ابن راشد: ولو تكلم بما فيه استخفاف من لا يضبط كلامه كما جرى من ابن أخى عجب، وكان مستخفا فخرج يوما فأخذه المطر فقال: بدأ الخراز يرش جلوده، فأفتى أبو زيد صاحب الثمانية بأدبه وتوقفوا عن قتله ورأوه عبثا، وقال ابن حبيب: دمه فى عنقى، فقتل وصلب.

فرع: وأما من صدرت منه الهفوة الشاذة ولم تكن نقصا، فقال القاضى: يعاقب بقدر مقتضاها وشنعة معناها وصورة حال قائلها، وسئل ابن القاسم عن رجل نادى رجلا باسمه فأجابه لبيك فقال: إن كان جاهلا أو قاله على وجه سفه فلا شىء عليه، وشرح قوله أنه لا يقتل، والجاهل يزجر ويعلم، والسفيه يؤدب ولو قالها على اعتقاد أنه بمنزلة ربه كفر.

فصل: ومن سب ملكا من الملائكة قتل؛ قاله سحنون وسعيد بن سليمان قاضى قرطبة.

مسألة: ومن قال إن جبريل أخطأ بالوحى وإنما النبى على استتيب فإن تاب وإلا قتل.

مسألة: قال ابن القابسى فيمن قال لرجل غضبان كأنه وجه مالك، إن عرف أنه قصد ذم الملك قتل.

فصل: وكذلك الحكم فى سب الأنبياء عليهم السلام، قال القاضى عياض: من سب النبى ﷺ أو عابه أو ألحق بـه نقصًا فى نفـسه أو نسبـه أو دينه أو خصلة من خصاله، أو عرض به أو شبهه بشيء على طريق السب والازدراء عليه، أو النقص لشأنه أو الغض منه والعيب له فهو ساب تلويحا كان أو تصريحا، وكذلك من لعنه أو ادعى عليه أو تمنى مضرة له، أو نسب إليـه ما لا يليق بمنصبه على طريق الذم، أو عبث فى جهـته العزيزة بسخف من الكلام أو بشيء مما جـرى من البلاء والمحنة عليه، أو غمـضه بشيء من العوارض البـشرية الجائزة والمعهودة لـديه قتل، قال: وهذا كله إجماع من العلماء وأئمة الفـتوى من لدن الصحابة - رضوان الله عليهم - إلى هلم جرا.

مسألة: ولو شهد شـاهدان أحدهما عدل أن رجلا سب النـبى ﷺ، فإنه يلزمه الأدب الوجيع والتنكيل ويطال سجنه حتى تظهر توبته.

فرع: وأما شهادة الواحـد واللفيف من الناس فتدرأ عنه القتل ويجـتهد فى أدبه بقدر شهرة حاله وقوة الـشهادة عليه وضعفها وكثرة السمـاع عنه، واستيفاء أحكام هذا الباب محلها كتاب «الشفاء» للقاضى عياض.

فصل

فيمن سب أزواجه وأصحابه ﷺ

سبهم وتنقيصهم حرام ملعون فاعله، ومن شتم أحدًا من أصحاب النبى ﷺ أبا بكر أو عمر أو عثـمان أو معاوية أو عمرو بن العاص، فـإن قال كانوا على ضلال كفر وقتل، وإن شتمهم بغير هذا من مشاتمة الناس نكل نكالا شديدًا.

وقال ابن حـبيب: من غـلا من الشيـعة إلى بغـض عثمـان - رضى الله عنه - والبراءة منه أدب أدبًا شديدًا، ومن زاد إلي بغض أبى بكر وعمر فالعقوبة عليه أشد، ويكرر ضربه ويطال سجنه حتى يموت، فلا يبلغ به القتل إلا فى سب النبى ﷺ.

وحكى أبو محمد بن أبى زيد عن سحنون: من قال فى أبى بكر وعمر وعثمان وعلى - رضوان الله عليهم - أنهم كانوا على ضلالة وكفر قتل، ومن شتم غيرهم من الصحابة بمثل هذا نكل النكال الشديد، وروى عن مالك: من سب أبا بكر جلد، ومن سب عائشة قتل، فقيل له: لم؟ من رماها فقد خالف القرآن.

مسألة: وفى «كتاب ابن شعبان»: من قال فى أحد منهم أنه ابن زانية وأمه مسلمة، حد عند بعض أصحابنا حدين حدا له وحدا لأمه ولا أجعله كقاذف الجماعة فى كلمة لفضل هذا على غيره، قال: ومن قذف أم أحدهم وهى كافرة حد حد الفرية لأنه سب له، وإن كان أحد من ولد هذا الصحابى حيا قام بما يجب له، وإلا فمن قام به من المسلمين كان على الإمام قبول قيامه، قال: وليس هذا كحقوق غير الصحابة لحرمه هؤلاء بنبيهم ﷺ.

مسألة: ومن سب غير عائشة من أزواج النبى ﷺ ففيها قولان، أحدهما: أنه يقتل لأنه سب للنبى ﷺ حليلته، والآخر: أنها كسائر الصحابة يجلد حد المفترى، قال: وبالأول أقول.

فصل: ومن انتسب إلى آل النبى ﷺ يضرب ضربا وجيعا، ويشهر ويحبس طويلاً حتى تظهر توبته لأنه استخفاف بحق الرسول ﷺ.

فصل: ومن استخف بالقرآن أو بشيء منه أو جحده أو حرفا منه أو كذب شيئًا منه، أو أثبت ما نفاه أو نفى ما أثبته على علم منه بذلك، أو شك فى شيء من ذلك فهو كافر عند أهل العلم بإجماع، وكذلك من غير شيئًا منه أو زاد فيه كفعل الباطنية والإسماعيلية، أو زعم أنه ليس بحجة النبى ﷺ أو ليس فيه حجة ولا معجزة، كقول هشام الفوطى ومعمر الصيمرى، أنه لا يدل على الله ولا حجة فيه لرسوله ولا يدل على ثواب ولا عقاب ولا حكم، فلا محالة فى كفرهما بهذا القول، وكذلك بكفرهما وإنكارهما أن يكون فى سائر معجزات الرسول ﷺ حجة له، أو فى خلق السموات والأرض دليل على الله سبحانه لمخالفتهما الإجماع والنقل المتواتر عن النبى ﷺ، باحتجاجه بهذا وتصريح القرآن به.

فصل: وقد تقدم أن من سب نبيًا أو ملكًا من الملائكة، فإن سبيله سبيل من سب النبى ﷺ، قال القاضى عياض: وهذا فيمن حققنا كونه من الملائكة أو الأنبياء: كجبريل وميكائل ومالك وخزنة النار -أعاذنا الله منها- والزبانية وحملة العرش، وكعزرائيل وإسرافيل ورضوان والحفظة ومنكر ونكير، من الملائكة المتفق على قبول الخبر الوارد بذكرهم، فأما من لم تثبت الأخبار بتعيينه من الملائكة والرسل: كهاروت وماروت من الملائكة، والخضر ولقمان وذى القرنين ومريم وآسية، وخالد بن سنان المذكور أنه نبى أهل الرس، وزرادشت الذى تدعى المجوس، ويذكر المؤرخون نبوته، فليس الحكم فى سابهم والكافر بهم كالحكم فيمن قدمنا إذ لم يثبت لهم تلك الحرمة، ولكن يزجر من تنقصهم وآذاهم، ويؤدب بقدر حال المقول فيهم، لا سيما من عرفت صديقيته وفضله منهم كمريم وإن لم يثبت نبوتها، وأما إنكار نبوتهم أو كون الآخر من الملائكة، فإن كان المتكلم فى ذلك من أهل العلم فلا حرج لاختلاف العلماء فى ذلك، وإن كان من عوام الناس زجر عن الخوض فى مثل هذا، فإن عاد أدب إذ ليس لهم الكلام فى مثل هذا، وكره السلف الكلام فى مثل هذا مما ليس تحته عمل لأهل العلم فكيف بالعامة؟!.

فصل

فى السحر وعقوبة الساحر

والساحر يفصل فيه بين أن يأتى تائبًا قبل الظهور عليه فتقبل توبته، وبين أن يظهر عليه بسحره فلا تقبل توبته، ويقتل كما تقدم فى الزنديق، قال ابن عبد السلام: والمذهب أن الساحر كافر.

مسألة: وفى «الموطأ»: أن حفصة زوج النبى ﷺ قتلت جارية لها سحرتها، وقد كانت دبرتها فأمرت بها فقتلت قال مالك: الساحر الذى يعمل السحر بنفسه، ولم يعمل له ذلك غيره، ومثل الذى قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنْ خَلَاقٍ﴾ [البقرة: ١٠٢]، فأرى أن يقتل إذا عمل ذلك بنفسه.

مسألة: قال القاضى أبو الوليد الباجى - رحمه الله: ولا يقتل حى يثبت أن ما

فعله من السحر الذى وصفه الله تعالى بأنه كفر، قال أصبغ: يكشف عن ذلك كسائر ما يجب به القتل.

مسألة: وفى «الموازية»: فى الذى يقطع أذن الرجل أو يدخل السكاكين فى جوف نفسه، إن كان هذا سحرا قتل، وإن لم يكن من السحر أدب.

فرع: قال الباجى: إذا ثبت أن الساحر كافر فمن عمل السحر قتل، فإن كان مسلما ففى «الموازية» من رواية ابن وهب عن مالك يقتل، سحر مسلما أو ذميا، قال مالك: يقتل ولا يستتاب، وقال ابن عبد الحكم وأصبغ: كالزنديق، ومن كان للسحر أو للزندقة مظهرا استتيب فإن تاب وإلا قتل.

مسألة: إن كان الساحر ذميا، فقد قال مالك: لا يقتل إلا أن يدخل السحر ضررًا على المسلمين، فيكون ناقضًا للعهد فيقتل ولا تقبل منه توبته غير الإسلام، وأما إن سحر أهل ملته فليؤدب إلا أن يقتل أحدًا فيقتل به، وقال سحنون فى الساحر من أهل الذمة يقتل أحدًا فيقتل به، إلا أن يسلم فيترك كمن سب النبى ﷺ فظاهره أنه يقتل على كل حال إلا أن يسلم بخلاف قول مالك: لا يقتل إلا أن يؤذى مسلما أو يقتل ذميا، ونقل ابن الفرس قولا ثالثًا: أنه يقتل وإن أسلم.

مسألة: وأما من ليس بمباشر عمل السحر ولكن ذهب إلى من يعمله له، ففى «الموازية»: يودب أدبًا شديدًا.

مسألة: قال ابن عبد السلام: وروى ابن نافع عن مالك فى «المبسوط» فى المرأة تقر أنها عقدت زوجها عن نفسها أو غيرها من النساء أنها تنكل، قال: ولو سحر نفسه لم يقتل بذلك، قال ابن الفرس وقال مالك فيمن يعقد الرجل عن النساء يعاقب ولا يقتل، فتأمل ما نقله ابن عبد السلام، قال ابن الفرس: ويؤخذ من هذا أن ليس كل سحر كفرًا، والله أعلم.

مسألة: قال ابن الفرس: واختلف السلف هل يجوز أن يسأل حل السحر عن المسحور أم لا؟ فكرهه الحسن البصرى لأنه عمل سحر، وقال: لا يعمل ذلك إلا ساحر، ولا يجوز إتيان الساحر لما روى عن ابن مسعود: «**من أتى إلى كاهن أو ساحر فقد كفر بما أنزل على محمد ﷺ**»، وأجازه ابن المسيب لأنه نوع من العلاج

فيخصص بذلك قوله: ﴿يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ﴾ [البقرة: ١٠٢]، ذكره البخارى عنه.

فرع: قال ابن الفرس: وانظر على هذا، هل هو يجوز السحر فى الإصلاح بين نفسين؟ كالمرأة تبتغى صلاح زوجها واستئلافه، وعلى القول بأن السحر كفر فإنما يراد به ما شهد الشرع بأنه كفر.

مسألة: وفى «الطرر» لابن عات: لا يجوز الجعل على حل المربوط والمسحور، وكذلك لا يجوز الجعل على إخراج الجان من الرجل، لأنه لا تعرف حقيقته ولا يوقف عليه، ولا ينبغى لأهل الورع الدخول فيه، ونسب نقل ذلك إلى «الاستغناء» لابن عبد الغفور.

فصل

فى عقوبة العائن إذا امتنع من الوضوء

وفى «الموطأ»: أن سهل بن حنيف اغتسل بالجرار، فنزع جبة كانت عليه وعامر ابن ربيعة ينظر إليه، وكان سهل رجلا أبيض حسن الجلد، قال: فقال له عامر بن ربيعة: ما رأيت كاليوم ولا جلد عذراء، فوعك سهل مكانه واشتد وعكه، فأتى رسول الله ﷺ فأخبر أن سهلا وعك وأنه غير رائح معك يا رسول الله، فأتاه رسول الله ﷺ فأخبره سهل بالذى كان من شأن عامر، فقال رسول الله ﷺ: **«علام يقتل أحدكم أخاه؟ ألا بركت إن العين حق توضأ له»** فتوضأ له عامر، فراح سهل مع رسول الله ﷺ ليس به بأس.

وفى رواية أنه ﷺ دعا عامرا فتغيظ عليه، وقال: **«علام يقتل أحدكم أخاه؟ ألا برك اغسل له»**، فغسل عامر وجهه ومرفقيه وركبتيه وأطراف رجليه وداخلة إزاره فى قدح فصب عليه.

وروى عن الزهرى أنه قال: الغسل الذى أدركنا علماءنا يصفونه أنه يؤتى العائن بقدح فيه ماء فيمسك مرتفعا عن الأرض فيدخل فيه كفيه فيمضمض ثم يمجه فى القدح، ثم يغسل وجهه فى القدح صبة واحدة، ثم يدخل يده اليسرى فيصب بها على كفه اليمنى، ثم يدخل كفه اليمنى فيصب بها على كفه اليسرى، ثم يدخل

يده اليسرى فيصب بها على مرفقه الأيمن، ثم يدخل يده اليمنى فيصب بها على مرفقه الأيسر، ثم يدخل يده اليسرى فيصب بها على قدمه اليمنى، ثم يدخل يده اليمنى فيصب بها على قدمه اليسرى، ثم يدخل يده اليسرى فيصب بها على ركبته اليمنى، ثم يدخل يده اليمنى فيصب بها على ركبته اليسرى، كل ذلك فى القدح، ثم يدخل داخلة إزاره فى القدح، ثم يوضع القدح فى الأرض ويصب على رأس المعين من خلفه صبة واحدة.

وقيل: يستغفل ويصب عليه ثم يكفأ القدح على ظهر الأرض وراءه، وأما داخلة إزاره فهو أطراف المتدلى الذى يفضى من مئزره إلى جلده، قال عيسى بن دينار فى غسل اليدين: إنما يغسل يديه ومرفقيه ولا يغسل ما بين اليد والمرفق.

مسألة: وفى «شرح الجلاب» للقرافى: فإن امتنع من الوضوء قضى عليه إن خشى على المعيون الهلاك، وكان وضوء العائن يبرئ عادة ولم يزل الهلاك عنه إلا بهذا الوضوء، لأنه من باب إحياء النفس كبذل الطعام عند المجاعة، وقال الزناتى فى «شرح الرسالة»: يجبر على الوضوء إن امتنع منه وأبى أن يفعله بالأدب الوجيع حتى يفعله بنفسه، ولا يفعله غيره به عند امتناعه، فإن الشفاء منوط بفعله كما أن المرض النازل كان بسببه، ولا يندفع ما نزل بسببه إلا بفعله.

فصل: قال الباجى: وقد ذكر الناس فى أمر العين وجوها، أصحها أن يكون الله سبحانه قد أجرى العادة عند عجب الناظر من أمر نطقه، دون أن يبرك أن يمرض المتعجب منه أو يتلف أو يتغير، إلا أن العائن إذا برك وهو أن يقول بارك الله فيه، بطل المعنى الذى يخاف من العين ولم يكن له تأثير، فإن لم يبرك وقع ما أجرى الله به العادة عند ذلك، وقد ينافى ذلك بعد وقوعه بما أمر به النبى ﷺ.

وقال ابن العربى: البارئ سبحانه هو الخالق لما فى السموات والأرض، فليس فيهما حركة ولا سكنة ولا كلمة ولا لفظة إلا الله سبحانه خالقهما فى العبد وهو مقدرها، وهو تعالى يرتب أفعاله ويرتب أسبابها ويرتب العوائد على أسباب.

مثال ذلك: العين فإن النفس إذا رأت صورة تستحسنها فغلب ذلك عليها واستولى ذلك على القلب، فإن لم تنطق بحرف لم يخلق الله شيئًا، وإن نطقت

بالاستحسان والتعجب من الجمال، فقد أجرى الله تعالى العادة بأنه إذا خلق النطق بالاستحسان، والتعجب مثلا من العائن، خلق الله تعالى فى بدن المعين المرض والهلكة على قدر ما يريد الله عز وجل، فلذلك نهى العائن عن القول، والبارئ تعالى، وإن كان قد سبق فى حكمه الوجود بذلك، فقد سبق من حكمته أن العائن إذا برك سقط حكم فعله ولم يظهر له أثر، والبارئ سبحانه يرد قضاءه بقضائه.

ومن حكمته: أن جعل وضوء العائن يسقط أثر عينه وذلك بخاصة لا يعلمها إلا خالق الخاص والعام، وكذلك ما يحدث عند قول الساحر وفعله فى جسم المسحور أو ماله، وضعه الله تعالى فى الأرض بمشيئته وحكمته، ومن فصول الشريعة وفضلها وحكمتها البالغة، ما وضعه الله تعالى من الرقى بإذهاب الأمراض من الأبدان بها، وإبطال سحر الساحر ورد عين العائن عند الاسترقاء بها، ودفع كل ضرر بإذن الله تعالى.

والبارئ تعالى هو الذى خلق الشفاء عند الاسترقاء، كما خلق الشفاء من الداء عند استعمال الدواء ولاحظ للدواء فى ذلك، ولا يصح فى عقل عاقل أن يكون جمادًا فاعلاً، وكما أن الله سبحانه يصرف الأفعال الغريبة داخل البدن بالأدوية، كذلك يصرفها خارج البدن بالرقى والتعاويذ، وقد شاهدنا ذلك والشاهد أقوى من الدليل النظرى.

*****

الفصل الحادى عشر
من الزواجر الشرعية التعزيرات والعقوبة

والتعزير تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات، والأصل فى التعزيزات ما ثبت فى سنن أبى داود، أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله تعالى**».

وفى «صحيح مسلم» أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يجلد أحد حدا فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله تعالى**»، وهذا دليل التعزير بالفعل، وأما التعزير بالقول فدليله ما ثبت فى «سنن أبى داود» عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ أتى برجل قد شرب فقال: «**اضربوه**»، فقال أبو هريرة: فمنا الضارب بيده، والضارب بنعله، والضارب بثوبه.

وفى رواية بإسناده، ثم قال رسول الله ﷺ لأصحابه يبكتوه، فأقبلوا عليه يقولون ما اتقيت الله ما خشيت الله وما استحييت من رسول الله وهذا التبكيت من التعزير فيه التعزير بالقول ، ولما كان الناس لايرتدعون عن ارتكاب المحرمات والمنهيات إلا بالحدود والعقوبة والزواجر، شرع ذلك على طبقات مختلفة، فالعقوبة تكون على فعل محرم أو ترك واجب أو سنة أو فعل مكروه.

ومنها ما هو مقدر، ومنها ما هو غير مقدر، وتختلف مقاديرها وأجناسها وصفاتها باختلاف الجرائم وكبرها وصغرها، وبحسب حال المجرم فى نفسه، وبحسب حال القاتل والمقتول فيه والقول.

وقال ابن قيم الجوزية: اتفق العلماء على أن التعزير مشروع فى كل معصية ليس فيها حد بحسب الجناية فى العظم والصغر، وحسب الجانى فى الشر وعدمه.

فصل: والتعزير يكون على ترك واجب، مثاله: منع الزكاة، وأما الصلاة فعلى ما هو مشروح فى بابها، ومن ذلك: ترك قضاء الدين وأداء الأمانات، مثل الودائع وأموال الأيتام وغلات الوقوف، وما تحت أيدى الوكلاء والمقارضين وشبه ذلك، والامتناع من رد المغصوب والمظالم مع القدرة على أداء ذلك كله إلى أربابه، فإنه

يعاقب على ذلك كله حتى يؤدى مايجب عليه، وكذلك الامتناع من قبول ولاية القضاء إذا تعين عليه ذلك، قال ابن راشد: ويجبر على ذلك إن أباه ولو بالحبس والضرب.

تنبيه: لايدخل فى ترك الواجبات من امتنع من فعل الحج، وإن قلنا إنه على الفور مراعاة للقول بأنه على التراخى، وأما ترك السنن فمثاله ترك الوتر، قال أصبغ بتأديب تارك الوتر وأما فعل المحرم فأنواعه كثيرة.

فمن ذلك مايجب فيه العقوبة والكفارة والغرم، كقتل العمد إذا عفا فيه على الدية، فإنه يجب على القاتل الدية ويستحب له الكفارة ويضرب مائة ويحبس سنة، ويستحب الكفارة فى قتل الرقيق والذمى.

ومنها: ما يجب فيه القصاص والأدب، وهو الجارح عمدًا يقتص منه ويؤدب.

ومنها: مايجب فيه الغرم وهو الجنين وغير ذلك من الإتلافات، وروى عن مالك: استحباب الكفارة فى الجنين.

ومنها: ما فيه التعزير فقط كسرقة مالا قطع فيه، والخلوة بالأجنبية، ووطئ المكاتبة ونحو ذلك من الاستمناء، وإتيان البهيمة، ويمين الغموس، والغش فى الأسواق، والعمل بالربا، وشهادة الزور، والتحليل والشهادة على نكاح السر، وكذلك يؤدب الزوجان والولى إلا أن يعذروا بجهل.

ومنها: ماتجب فيه الكفارة والغرم كقتل الخطأ.

ومنها: ما فيه الكفارة والأدب مع الإثم، كالجماع فى الإحرام وفى رمضان، ووطء المظاهر منها قبل الكفارة متعمدًا فى الجميع.

ومنها: مافيه العقوبة كحماية الظلمة والذب عنهم، وكمن دفع عن شخص وجب عليه حق، وكمن يحمى قطاع الطريق أو سارقًا ونحو ذلك، فإن من يحميه ويمنعه عاص لله تعالى ويجب عقوبته حتى يحضره إن كان عنده، وينزجر عن ذلك إلا أن يكون إحضاره إلى من يظلمه ويأخذ ماله، أو يتجاوز فيه ما أمر به شرعًا، فهذا لايحضره ولكن يتخلى عنه ويرتدع عن حمايته والدفع عنه، وأما فعل المكروه فمثاله: حلق الشارب، وفى كلام ابن رشد: أنه يؤدب.

فصل: والتعزير لايختص بالسوط واليد والحبس، وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد الإمام، قال الأستاذ أبو بكر الطرطوشى فى أخبار الخلفاء المتقدمين: أنهم كانوا يعاملون الرجل على قدره وقدر جنايته منهم من يضرب، ومنهم من يحبس، ومنهم من يقام واقفًا على قدميه فى المحافل، ومنهم من تنزع عمامته، ومنهم من يحل إزاره.

وقال القرافى: إن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فرب تعزير فى بلد يكون إكرامًا فى بلد آخر، كقطع الطيلسان ليس تعزيرًا فى الشام فإنه إكرام، وكشف الرأس عند الأندلس ليس هوانًا، وبمصر والعراق هوان، انظر الفرق السادس والأربعين والمائتين وما ذكره فى الشام، يستثنى منه من ألف ذلك وكانت عادته الطيلسان من المالكية وغيرهم.

فصل: والتعزير لايختص بفعل معين ولا قول معين، فقد عزر رسول الله ﷺ بالهجر، وذلك فى عقد الثلاثة الذين ذكرهم الله تعالى فى القرآن الكريم فهجروا خمسين يومًا لا يكلمهم أحد، وقضيتهم مشهورة فى الصحاح، وعزر رسول الله ﷺ بالنفي، فأمر بإخراج المخنثين من المدينة ونفيهم، وكذلك الصحابة من بعدهم، ونذكر من ذلك بعض ما وردت به السنة مما قال ببعضه أصحابنا، وبعضه خارج المذهب.

فمنها: أمر عمر بن الخطاب – رضى الله عنه- بهجر صبيغ الذى كان يسأل عن الذاريات وغيرها، ويأمر الناس بالتفقه عن المشكلات من القرآن فضربه ضربًا وجيعًا ونفاه إلى البصرة أو الكوفة، وأمر بهجره فكان لايكلمه أحد حتى تاب، وكتب عامل البلد إلى عمر بن الخطاب- رضى الله عنه- يخبره بتوبته، فأذن للناس فى كلامه.

ومنها: أن عمر – رضى الله عنه- حلق رأس نصر بن حجاج ونفاه من المدينة، لما شبب النساء به فى الأشعار وخشى الفتنة به.

ومنها: ما فعله ﷺ بالعرنيين.

ومنها: أمره ﷺ للمرأة التى لعنت ناقتها أن تخلى سبيلها.

ومنها: أن أبا بكر - رضى الله عنه- استشار الصحابة فى رجل ينكح كما تنكح المرأة، فأشاروا بحرقه فى النار، فكتب أبو بكر - رضى الله عنه- بذلك إلى خالد ابن الوليد - رضى الله عنه- ثم حرقهم عبد الله بن الزبير فى خلافته، ثم حرقهم هشام بن عبد الملك، وهو رأى ابن حبيب من أصحابنا؛ ذكره فى «مختصر الواضحة».

ومنها: أنا أبا بكر -رضى الله عنه- حرق جماعة من أهل الردة.

ومنها: إباحته ﷺ سلب الذى يصطاد فى حرم المدينة لمن وجده.

ومنها: أمره ﷺ بكسر دنان الخمر وشق ظروفها.

ومنها: أمره لعبد الله بن عمر - رضي الله عنه- بتحريق الثوبين المعصفرين.

ومنها: أمره ﷺ يوم خيبر بكسر القدور التى طبخ فيها لحم الحمر الأهلية، ثم استأذنوه فى غسلها فأذن لهم فدل على جواز الأمرين، لأن العقوبة بالكسر لم تكن واجبة،

ومنها: هدمه ﷺ لمسجد الضرار.

ومنها: أمره ﷺ بتحريق متاع الذى غل من الغنيمة.

ومنها: إضعاف الغرم على سارق مالا قطع فيه من الثمر والكسر.

ومنها: إضعاف الغرم على كاتم الضالة.

ومنها: أخذه شطر مانع الزكاة غرامة من غرامات الرب تبارك وتعالى.

ومنها: أمر ﷺ لابس خاتم الذهب بطرحه فلم يعُرض له أحد.

ومنها: أمره ﷺ بقطع نخيل اليهود إغاظة لهم.

ومنها: تحريق عمر - رضى الله عنه- المكان الذى يباع فيه الخمر.

ومنها: تحريق عمر - رضى الله عنه- قصر سعد بن أبى وقاص، لما احتجب فيه عن الرعية وصار يحكم فى داره.

ومنها: مصادرة عمر بن الخطاب- رضى الله عنه- عماله بأخذ شطر أموالهم، فقسمها بينهم وبين المسلمين.

ومنها: أنه - رضى الله عنه- ضرب الذى زور على نقش خاتمه، وأخذ شيئًا من بيت المال مائة، ثم ضربه فى اليوم الثانى مائة، ثم ضربه فى اليوم الثالث مائة.

ومنها: أن عمر- رضى الله عنه- لما وجد مع السائل من الطعام فوق كفايته وهو يسأل أخذ ما معه وأطعمه ابل الصدقة.

ومنها: أنه - رضى الله عنه- أراق اللبن المغشوش وغير ذلك مما يكثر تعداده، وهذه قضايا صحيحة معروفة، قال ابن القيم الجوزية: وأكثر هذه المسائل شائعة فى مذهب أحمد - رضى الله عنه- وبعضها شاع فى مذهب مالك - رضى الله عنه- ومن قال إن العقوبة المالية منسوخة فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلا واستدلالا، وليس يسهل دعوى نسخها وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته ﷺ، مبطل لدعوى نسخها، والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع بصحيح دعواهم، إلا أن يقول أحدهم مذهب أصحابنا لايجوز، فمذهب أصحابه عنده على القبول والرد؛ وانتهى، والتعزير بالمال قال به المالكية ولهم فيه تفصيل ذكرت منه فى كتاب الحسبة طرفًا، فمن ذلك سئل مالك عن اللبن المغشوش أيهراق؟ قال: لا، ولكن أرى أن يتصدق به إذا كان هو الذى غشه.

وقال فى الزعفران والمسك المغشوش مثل ذلك قليلا أو كثيرًا، وخالفه ابن القاسم فى الكثير، وقال: يباع المسك والزعفران على من لايغش به ويتصدق بالثمن أدبًا للغاش.

مسألة: وأفتى ابن القطان الأندلسى فى الملاحف الرديئة النسج بأن تحرق، وأفتى عتاب بتقطيعها والصدقة بها خرقا.

مسألة: وإذا اشترى عامل القراض من معتق على رب المال عالمًا بأنه قريبه، فإنه إن كان موسرا عتق العبد وغرم العامل ثمنه، وحصة رب المال من الربح إن كان في المال يوم الشراء ربح وولاؤه لرب المال، وذلك لتعديه فيما فعل.

مسألة: ومن وطئ أمة له من محارمه ممن لايعتق عليه بالملك، فإنه يعاقب وتباع عليه وإخراجها من ملكه كرهًا من العقوبة بالمال.

مسألة: والفاسق إذا أذى جاره ولم ينته، تباع عليه داره وهو عقوبة فى المال والبدن.

مسألة: ومن مثل بأمته عتقت عليه وذلك عقوبة بالمال.

فصل: إذا ثبت أصل التعزير والعقوبة فاختلف هل يتجاوز بذلك الحدود أم لا؟ وفى «مختصر الواضحة»: أن عمر بن الخطاب- رضى الله عنه - كتب إلى أبى موسى الأشعرى أن لا يبلغ فى التعزير أكثر من ثلاثين جلدة، وعن ابن عباس - رضى الله عنهما- أن رسول الله ﷺ قال: «**من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين**».

وقال المازرى فى بعض الفتاوى: وأما تحديد العقوبة فلا سبيل إليه عند أحد من أهل المذهب، وقد ذكر مالك فى العقوبات أمرًا يستبشع، وهو ما ذكره عن مروان أمير المدينة وقد ذكرنا ذلك، قال مالك: وكان فيه غلظة فى الحدود، ولغير مالك فى هذا تحديدات، وبالجملة فإنها تختلف بحسب اختلاف الذنوب، وما يعلم من حال المعاقب من جلده وصبره على يسيرها، أو ضعفه عن ذلك وانزجاره إذا عوقب بأقلها.

وقال المازرى فى المعلم ومذهب مالك - رحمه الله- أنه يجيز فى العقوبات فوق الحد لما تقدم من فعل عمر -رضى الله عنه- فى ضرب الذى نقش خاتمه مائة، ونقل ابن القيم الجوزية ما تقدم أنها ثلثمائة فى ثلاثة أيام، وذكرها القرافى، وأن صاحب القضية معن بن زياد زور كتابًا على عمر ونقش خاتمه فجلده مائة، فشفع فيه قوم فقال: أذكرتمونى الطعن وكنت ناسيًا فجلده مائة أخرى، ثم جلده بعد ذلك مائة أخرى ولم يخالفه أحد فكان إجماعًا قال، المازرى: وضرب عمر - رضى الله عنه- ضبيغًا أكثر من الحد، وقد أخذ أحمد حنبل بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «**لايجلد أحد حدًا فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله تعالى**»، فلم يزد فى العقوبات على العشر؛ قاله ابن عبد السلام.

ويحكى عن أشهب والمشهور أنه قد يزاد على الحد، قال المازرى: وتأول أصحابنا الحديث على أنه مقصور على زمنه عليه الصلاة والسلام، لأنه كان يكفى

الجانى منهم هذا القدر وتأولوه على أن المراد بقوله فى حد، أى: فى حقوق الله، وإن لم يكن من المعاصى المقدر حدودها، لأن المعاصى كلها من حدود الله تعالى، ومشهور المذهب أن يزاد على الحد، وقد أمر مالك بضرب رجل وجد مع صبى قد جرده وضمه إلى صدره، فضربه أربعمائة فانتفخ ومات ولم يستعظم مالك ذلك.

وروى القعنبى عن مالك: لايجاوز خمسة وسبعين، وقال ابن مسلمة: ثمانين، وروى عن أصبغ: أن أقصى ما ينتهى إليه جرم الفساد مائتان، وقال مطرف: ينتهى به إلى ثلثمائة لايزيد على ذلك، وقال أبو حنيفة: لا يبلغ بالتعزير أربعين، وقاله الشافعى، وقال أيضًا: لايبلغ عشرين، وقال بعضهم: لايبلغ فيه ثمانين؛ من «المعلم» للمازرى، وزاد عمر- رضى الله عنه- فى حد الخمر أربعين فضرب فيها ثمانين، وكان الحد فيها على زمان رسول الله ﷺ غير محصور بل كان يأمر بضرب الشارب فكانوا يضربونه بالجريد والنعال والثياب والأيدى، حتى يأمر رسول الله ﷺ بالكف عنه.

وفى «سنن أبى داود» عن على بن أبى طالب -رضى الله عنه: أن النبى ﷺ لم يحد فيها شيئًا، وإنما فعل ذلك عمر -رضى الله عنه- باستشارة الصحابة، فأشار عليه على بن أبى طالب وعبد الرحمن بن عوف بأن يجعله ثمانين، قال المازرى - رحمه الله: لو فهمت الصحابة عن النبى ﷺ حدا محدودًا فى الخمر، لما أعملت فيه رأيها ولا خالفته كما فعلت ذلك فى سائر الحدود، فدل هذا على أنه لم يكن فيه أمر ثابت تجاوزوا به ما فعله النبى ﷺ، وكان أبو بكر -رضى الله عنه- جلد فيه أربعين فلم يقفوا عند ذلك أيضًا طلبًا لانزجار الناس عن شربها، فالتعزيرات والعقوبات المقصود بها الإمام فيها رأيه.

تنبيه: والتعزير إنما يجوز منه ما أمنت عاقبته غالبًا وإلا لم يجز.

مسألة: وينبغى أن يقتصر على القدر الذى يظن انزجار الجانى به ولايزيد عليه وفى الحديث: **«وإن الإمام ليخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة»** وإن كان هذا الكلام جاء فى الحدود فهو متناول لغيرها من الزواجر؛ من «ابن عبد السلام».

مسألة: قال ابن عبد السلام: وإذا كانت العقوبة التعزير والزجر فإن علم أن الزجر لاينفع فلا يفعل التعزير، لكن يسجن الكبير حتى يتحقق توبته ولايعرض للصغير، قال: وإليه أشار عز الدين بن عبد السلام.

مسألة: فإن عزر الحاكم أحدًا فمات أو سرى ذلك إلى النفس فعلى العاقلة الثلث فأكثر، وفى عيون المجالس للقاضى عبد الوهاب: إذا عزر الإمام إنسانًا فمات فى التعزير، لم يضمن الإمام شيئًا لا دية ولا كفارة وهذا بخلاف الحد، فلو مات المحدود فلا شىء على الإمام لأنه فعل ما أمره الله تعالى به.

تنبيه: انظر قوله لأنه فعل ما أمره الله تعالى به، ويشكل على هذا لو مات من حد الخمر، وفى «سنن أبى داود» و«الترمذى» عن عمر بن سعيد النخعى قال: سمعت على بن أبى طالب - رضى الله عنه- يقول: ما كنت لأقيم على أحد حدًا فيموت، فأجد فى نفسى إلا صاحب الخمر فإنه لو مات وديته، وذلك أن رسول الله ﷺ لم يسنه، وفى رواية لم يسن فيه، انتهى.

ولم يستقر الحد فى الخمر ثمانين إلا من زمن معاوية، وأما عثمان- رضى الله عنه- فإنه جلد فيها ثمانين كما فعل عمر وجلد فيها أربعين وكان عمر -رضى الله عنه- فى صدر ولايته يجلد فيها أربعين متبعًا لأبى بكر - رضى الله عنه- وفى جامع الأصول لرزين: أن النبى ﷺ جلد فيها أربعين وجاء نحو أربعين والله أعلم.

مسألة: وإذا قلنا أنه يجوز للحاكم أن يجاوز الحدود فى التعزير، فهل يجوز أن يبلغ بالتعزير القتل أو لا؟ فيه خلاف، وعندنا يجوز قتل الجاسوس المسلم إذا كان يتجسس للعدو وإليه ذهب بعض الحنابلة، وأما الداعية إلى البدعة المفرق لجماعة المسلمين فإنه يستتاب، فإن تاب وإلا قتل، وقال بذلك بعض الشافعية فى قتل الداعية كالجهمية والروافض والقدرية، وصرح الحنفية بقتل من لايزول فساده إلا بالقتل، وذكروا ذلك فى اللوطى إذا كثر منه ذلك يقتل تعزيرًا، وأجاز ابن المواز من أصحابنا للمرأة إذا علمت أن زوجها طلقها ثلاثًا، فادعت عليه فأنكر ولم تقدم عليه بينة فخلى بينه وبينها أن تقتله إن خفى لها ذلك وأمنت ظهوره كالعادى والمحارب، وقال سحنون: لايحل قتله.

فرع: وفى «مختصر الواضحة» قال أصبغ: وينبغى للقاضى إذا أحلف الناس أن يحلفهم قيامًا، وإذا ضربهم فى الحدود كلها أن يضربهم قعودًا، ويأمر الجلاد أن لايرفع يده بالسوط جدًا ولا يخففها جدًا لكن وسطًا من ذلك، وضرب الشيخ والشاب فى الحدود كلها سواء فى الإيجاع، وإذا اقتص للناس فى جراحاتهم دعا بطبيب رفيق يقتص لهم وأجرته على المقتص له.

فرع: قال ابن رشد فى «المقدمات»: ويؤدب من طلق ثلاثا فى كلمة.

فرع: ومن طلق فى الحيض فإنه يجبر على الرجعة قال أشهب: فإن أبى بالسجن، ضربه بالسوط، ويكون ذلك كله قريبًا بعضه من بعضه لأنه مقيم على المعصية.

فرع: ومن باع زوجته نكل نكالاً شديدًا وتطلق عليه بواحدة بائنة.

فرع: وإذا قذف حر عبدًا أو نصرانيًا فطلب العبد أن يعزر قاذفه، فليس للعبد فى مثل هذا تعزير وينهى قاذفه أن يؤذيه، فإن كان رجلا فاحشًا معروفًا بالأذى عزر وأدب عن أذى العبد وغيره.

مسألة: قال القرافى الحدود واجبة الإقامة على الأئمة، واختلفوا فى التعزير فقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله: إن كان لحق الله تعالى وجب كالحدود، إلا أن يغلب على ظن الإمام أن غير الضرب مصلحة من الملامة والكلام، وقال الشافعى- رحمه الله: هو غير واجب على الإمام إن شاء أقامه وإن شاء تركه.

مسألة: ويجوز العفو عن التعزير والشفاعة فيه إذا كان لحق الله، فإن تجرد عن حق آدمى وانفرد به حق السلطنة، كان لولى الأمر مراعاة حكم الأصلح بالعفو أو التعزير وله التشفيع فيه، روى عن النبى ﷺ أنه قال: **«اشفعوا إلى ويقضى الله على لسان نبيه ما يشاء»**.

فرع: فلو تعافى الخصمان عن الذنب قبل الترافع إلى ولى الأمر سقط حق الآدمى، وفى حق السلطنة والتقويم والأدب وجهان أظهرهما عدم السقوط، فله مراعاة الأصلح من الأمرين، والأصلح أنه لايسقط التعزير بإسقاط ماوجب بسببه ولو نص على العفو والإسقاط، ويسقط بإسقاطه ضمنًا كما إذا عفا مستحق الحد

عن الحد قبل بلوغ الإمـام، إذ ليس للإمام التعزير والحـالة هذه لاندراجه فى الحد الساقط، وقيل: لايسقط، إذ وجوب التعزير المقترن بالحد بمجرد حق السلطنة، فلا ينبغى سقوطه بإسقاط الحد؛ من «الأحكام السلطانية».

فرع: فلو كان الخصمان المتواهبان والدا وولدا، فلا حق للولد فى تعزير والده، نعم يختص تعزيره لحق السلطنة فلولى الأمر فعل أحد الأمرين، وتعزير الولد مشترك بين حق الوالد والسلطنة.

مسألة: قال الشافعية يجوز ضرب المتعزر بالعصار والسوط المكسور والثمرة، لاغير مكسورها خلافًا لأبى عبد الله الزبيرى الشافعى، ونقل الجوهرى أن ثمر السياط عقد أطرافها، وفى «حواشى التهذيب» لأبى الحسن الطنجى أن التعزير إنما يكون بالسوط.

مسألة: ويجوز صلب المعزر حيًا ثلاثة أيام فقط، فقد صلب رسول الله ﷺ رجلا على جبل يقال له أبو ناب، ولايمنع مدة صلبه من طعام ولاشراب ولا وضوء لصلاة ويصلى موميا، ويعيد بعد الإطلاق؛ من «مختصر الأحكام السلطانية» للماوردى الشافعى.

مسألة: ويجوز تجريد المعزر من ثيابه إلا ما يستر عورته وإشهاره فى الناس، والنداء عليه بذنبه عند تكرره منه وعدم إقلاعه عنه، ويجوز حلق شعره لا لحيته، ويجوز تسويد وجهه عند الأكثرين؛ من «مختصر الأحكام» للماوردى.

مسألة: وسئل الماوردى عن رجل حلف بالطلاق الثلاث فى مجلس الحاكم بحضرة العدول، هل يلزمه عقوبة؟ وما قدر تلك العقوبة؟ فأجاب - رحمه الله: إيقاع الطلاق الثلاث لم يجمع العلماء على تحريمه بل فيه خلاف، لكن مذهب مالك المنع، ولكن هذا لما كثر على ألسنة الناس واشتهر فيما بينهم، صار كثير من العوام يعتقد أنه جائز وهو مفهوم من حال كثير منهم، فإن كان هذا للرجل ممن يجهل تحريم هذا ويعتقد أن اليمين به جائزة، أو من المكروهات التى لاتحريم فيها، فإن العقوبة بسبب هذا اليمين لاتلزمه لأجل، حتى وإن كان أوقعه عالمًا بتحريمه ومجرئًا على إيقاعه، تعلقت به العقوبة بحسب الاجتهاد، وهذا واضح لايختلف

فيه، وإنما الإشكال من جهة ثانية وهى: أن الإنسان يجب عليه أن يتعلم حكم مثل هذا ولا يحبس به إن جـهله، يعنى فيلزم الجاهـل من التعزير بسـبب جهله بحكم ذلك أخف ممايلزم العالم، قال: وهذا من باب النظر والمعتمد على ماقدمناه؛ يعنى نفى التعزير عن الجاهل، ولكن لابد من نهيه وزجره عن العود إلى ذلك.

مسألة: قال القرافى: التعزير يسقط بالتوبة ما علمت فى ذلك خلافا.

مسألة: تقدم أن التعـزير يكون بحسب الجانى والمجنى عليـه والجناية، فإن كان القول عظيمًا من ذى الشر مخـاطبًا به لرفيع القدر بولغ فى الأدب، وإن كان على العكس فالعكس.

ففى «سنن أبى داود» عن عـائشة رضى الله عنها قالت: قـال رسول الله ﷺ: **«أقيلو ذوى الهـيآت عثـراتهم إلا الحدود»** فإذا تقرر أن فـاعل ذلك يؤدب، فإن كان رفيع القدر فـإنه يخفف أدبه ويتجافى عنه. وكذلـك من صدر منه ذلك على وجه الفلتة، لأن القصد بالتعـزير الزجر عن العوة، ومن صدر ذلك منه فلتة يظن به أن لايعود إلى مثلها وكذلك الرفيع.

تنبيه: والمراد بالرفيع من كان من أهل القـرآن والعلم والآداب الإسلامية لا المال والجاه، والمعتـبر فى الدنئ الجهل والجفـاء والحماقة، فمن كـان من أهل الشر ثقل عليـه بالأدب لنيزجـر وينزجـر به، قال القـاضى عـياض: مـشهـور قول مـالك وأصـحابه: أن ذلك بقـدر الجرم وشـهرة الـقائل بالأذى، وقـال بعض أصحـاب الشافعى: تعزير كل ذنب مستنبط من حده لايتجاوز به حده.

فرع: وفى «أحكام ابن سهل» إن قـام بشكية بغير حق فـينبغى أن يؤدب، وأقل ذلك الحبس ليندفع بذلك أهل الباطل واللدد، عن ذلك؛ قـاله فى «شهادة السماع فى الأحباس».

فرع: ويمنع أهل الذمـة من الزنا ويؤدبون عليـه، ويمنعـون من زواج الأمهـات والبنات إن استحلوه؛ من «المتيطية».

فرع: لو قال رجل لرجل: ياشارب الخمر أو يا آكل الربا أو يا خائن أو يا ثور، أو يا حمار أو يا ابن الحـمار أو يا يهودى أو يا نصرانى أو يا مجـوسى فإنه يعزر،

قاله ابن راشد، وفى «جامع الأصول» لرزين: أن من قال لرجل يايهودى فإنه يضرب عشرين.

فرع: قال مالك فى المحدود فى الزنا يحسن حاله وتظهر توبته، ثم يقذفه رجل بالزنا أنه لا حد عليه، ولكن إن قال له ذلك تعرضا لأذاه فعليه الأدب الموجع، إلا أن يكون ذلك فى مشاتمة قد نال كل واحد من صاحبه فيها منالا، فلايكون عليه فيما رماه به من حد فى زنا أو فى خمر أو فى غيره من الجلد على الفرية والريبة أدب ولا عقوبة.

فرع: لو قال لمن لايتهم بالسرقة أنت سرقت متاعى نكل وعوقب بقدر اجتهاد الحاكم، وإن كان المقول فيه ذلك ممن يتهم فلا عقوبة، ولو قال رجل لرجل: ياسارق ضرب خمسة عشر سوطًا أو نحوه؛ قاله فى «العتبية»، قال ابن رشد: والتحديد فى هذا ليس له أصل فى الكتاب ولا فى السنة، وإنما فيه الاجتهاد بحسب القائل والمقول له.

فرع: ولو قال رجل لرجل: يامرائى عوقب بقدر ما يري الإمام على قدر حال القائل والمقول له. قال ابن القاسم: أرأيت لو قال رجل لليث بن سعد يامرائى؟ وقال لى مثل ذلك، أترى أن يضرب الذى قال لى مثل الذى قال ذلك لليث ومن الناس لو قيل له ذلك كان له أهلا؟، من «البيان».

فرع: وروى عن مالك أن من اتهم بالفاحشة يضرب خمسة وسبعين سوطًا ولايبلغ به الحد، وإليه ميل أصبغ ونحوه لابن مسلمة.

فرع: وفى «مفيد الحكام» لابن هشام قال بعض العلماء: من شتم رجلا فى مجلس حاكم بما لا حد فيه ضرب عشرة أسواط.

فرع: إذا قال الرجل للرجل ياكلب، فإن ذلك يفترق فيه ذو الهيئة من غيره، فإن كان القائل والمقول له من أهل الهيئة كل منهما جميعًا، عوقب القائل عقوبة خفيفة يهان ولا يبلغ به السجن، وإن كان جميعًا من غير ذوى الهيئة، عوقب القائل أشد من عقوبة القائل الأول المتقدم ذكره يبلغ فيها السجن، وإن كان القائل

من ذوى الهيئـة والمقول له من غير ذوى الهيئـة عوقب بالتوبيخ ولا يبلغ به الإهانة ولا السجن، فيؤخذ من «البيان» فى باب حد القذف وفيها بسط فانظره فيه.

فرع: إذا شتم الأخ أخاه فإن كان الأخ كبيرًا وكان شتمه لأخيه على وجه الأدب لم يحد؛ من «الطرر»، قال: ورأيت فى بعض الكتب سئل بعضهم عن شاتم عمه أو خاله، فـقال: لا أرى عليـه فى ذلك شيـئًا، وكـذلك هما إذا كان عـلى وجه الأدب، قال ابن مـحرز فى «كـتاب اللعـان»، من «تبصرته»: ومـن عرض لولده بالقذف فإنه لايحـد لبعده من التهمة من ولـده، ولذلك لم يقتل بولده إذا قتله إلا أن يتبين عمده لذلك بأن يضجعه فيذبحه.

فرع:من سل سيفًا على وجه القتال ضرب أربعين وكان السيف فيئًا، وقيل يقتل إذا سله على وجـه الحرابة، ولو سل سكينًا فـى جماعـة على وجه المـزاح ضرب عشرة أسواط؛ من «المفيد».

فرع: ومنه أيضًا من استهان بدعوة القاضى أو الحكام لم يجب ضرب أربعين.

فرع: ومنه من قال لرجل يامـجرم ضرب خمـسة وعشرين وكـذلك إن قال له ياظالم ولم يكن كذلك ضرب أربعين، ولو قال له ياسارق ضرب خمسة عشر إلى عشرين.

فرع: ومنه من أتى بهيمة ضرب مائة.

فرع: ومنه إذا ارتفع الكلام بين الخصمين فى مـجلس القاضى ضرب كل واحد عشرة.

فرع: ومنه من تكلم فى عالم بما لايجب ضرب أربعين.

فرع: ومنه من تكلم فى أحد بما لم يكن ولم يأت ببينة أدب.

فرع: ومنه من سرق من الغنيمة دون النصاب ضرب خمسين.

فرع: ومن تغامـز مع أجنبية أو تضـاحك معهـا ضرب عشـرين يريد إذا كانت طائعة، فـإن قبلها طائعـة ضربا خمسين خـمسين، وإن لم تكن طائعة فى تقـبيله ضرب هو خمسين، ومن حبس امرأة ضرب أربعين، فإن طاوعته ضربت مثله.

فرع: ومن تكلم بكلمة لغير موجب فى أمير من أمراء المسلمين لزمته العقوبة الشديدة ويسجن شهرًا، ومن خالف ماحكم به القاضى عوقب إذا لم يرض بالحكم إلا أن يتبين الجور فى الحكم، ومن خالف أميرًا وقد كرر دعوته لزمته العقوبة بقدر اجتهاد الإمام، ومن قال لرجل: يافاسق ضرب ثمانين، وقيل: يؤدب إن لم يفهم منه القذف، ومن سل سيفًا على جماعة يهدد به على وجه المزاح فقد جفا ويضرب عشرين سوطًا.

فرع: ومن آذى مسلمًا بلسانه بلفظ يضره ويقصد أذاه، فغلبه فى ذلك الأدب البالغ الرادع له، ولمثله يقع رأسه بالسوط أو يضرب رأسه أو ظهره بالدرة، وذلك على قدر القائل وسفاهته، وعلى قدر المقول فيه؛ من «مفيد الحكام» لابن الوليد بن هشام.

فرع: قال ابن راشد: إذا شتم أحد الخصمين صاحبه زجره الحاكم، وقال ابن الماجشون ومطرف: إذا أسرع إليه بغير حجة مثل ياظالم يا فاجر، زجره عنه ويضرب فى مثل هذا مالم تكن فلتة من ذى مروءة فيتجافى عن ضربه، فإن ذلك يدعو الخصمين إلى أن يجلسا بين يديه بسكينة ووقار، ومن لم ينصف الناس فى أعراض لم ينصفهم فى أموالهم.

فرع: سائل المازرى عمن أفتى رجلا فأتلف بفتواه مالا، فأجاب: إن كان المفتى من أهل الاجتهاد والنظر لم يلزمه ضمان ماذهب بسبب فتياه، وإن كان على غير ذلك، فقد يكلف مالايجوز ويضمن ما تلف، ويجب على الحاكم التغليظ إذا قامت البينة بذلك عنده، ولو أدب لكان لذلك أهلا إلا أن يكون تقدم له طلب فى العلم فيسقط عنه الأدب، وينهى عن الفتوى إذا لم يكن لذلك أهلا.

فرع: إذا نهى الحاكم أحد الخصمين عن الكلام فلم يفعل، وأتى بالحجج ليخلط على صاحبه ويمنعه من الكلام ويكثر معارضته فى كلامه أمر القاضى بأدبه.

فرع: إذا قرر أحد الخصمين صاحبه على ما يدعيه لزم خصمه الجواب بالإقرار والإنكار، فإن امتنع من الجواب أمر القاضى بضربه بالدرة على رأسه حتى يجيب.

فرع: وفى «الدرر الملتقطة من المسائل المختلفة» للشيخ عبد العزيز الدميرى إذا قال رجل لآخر: الله أكبر عليك، فإنه يعزر إلا أن يعفو عنه خصمه.

مسألة: ذكر فى «الموطأ» أن رسول الله ﷺ قال: **«ومن قال لأخيه يا كافر فقد باء بها أحدهما»**، وفى رواية مسلم **«فإن كان كما قال وإلا رجعت عليه»**، وفى رواية مسلم: **«فإن كان كما قال وإلا رجعت عليه»**، وفى رواية أبى عوانة الأسفراينى فى كتابه المخرج على «صحيح مسلم»: **«فإن كان كما قال وإلا فقد باء بالكفر»**، قيل: معناه فقد رجع عليه تكفيره، فليس الراجع حقيقة الكفر بل التكفير، لكونه جعل أخاه المؤمن كافرًا، فكأنه كفر نفسه إما لأنه كفر من هو مثله أو لأنه كفر من لايفكره إلا كافر يعتقد بطلان الإسلام، قاله النووى فى «شرح صحيح مسلم» وقال المازرى قوله: **«وإلا رجعت عليه»** يحتمل أن يكون إذا قالها مستحلاً فيكفر باستحلاله، قال النووى: وقيل معناه أن ذلك يئول به إلى الكفر، يعنى أنه يخاف عليه الكفر من ذلك أن يكون عاقبة شؤمها الكفر والمصير إليه، قال ابن عبد البر: والمعنى فيه عند أهل الفقه والأثر والجماعة النهى عن تكفير المسلم فى هذا الحديث.

وقد ورد مثل هذا فى قوله عليه السلام: **«سباب المسلم فسق وقتاله كفر»**، وقوله عليه السلام: **«لاترغبوا عن آبائكم فإنه كفر بكم»**، وقوله: **«لاترجعوا بعدى كفارًا يضرب بعضكم رقاب بعض»**.

فهذه الأحاديث ليست على ظاهرها عند أهل الحق والعلم والأصول، يدفعها أقوى منها من الكتاب والسنة المجمع عليهما والآثار الثابتة أيضًا، وقد ضلت جماعة من أهل البدع من الخوارج والمعتزلة فى هذا الباب، فاحتجوا بهذه الآثار ومثلها فى تكفير المذنبين، واحتجوا من كتاب الله بآيات ليست على ظاهرها مثل قوله: **﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾** [المائدة: ٤٤]، وقوله تعالى: **﴿ أَن تَحْبَطَ أَعْمَالُكُمْ وَأَنتُمْ لَا تَشْعُرُونَ ﴾** [الحجرات: ٢] ونحو هذا، والحجة عليهم قوله تعالى: **﴿ إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَن يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ لِمَن يَشَاءُ ﴾**

[النساء: ١١٦] ومعلوم أن هذا قبل الموت لمن لم يتب، لأن الشرك من تاب منه وانتهى عنه غفر له، قال الله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوا إِن يَنتَهُوا يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨].

وأجمعوا أن المذنب وإن مات مصرًا ترثه ورثته، ويصلى عليه ويدفن فى مقابر المسلمين، فهذا كله يشهد أن من قال لأخيه: ياكافر ليس على ظاهره يعنى تمام الحديث، وقوله: «فقد باء أحدهما»؛ أى: فقد احتمل الذنب فى ذلك القول، والمعنى أن المقول له ياكافر إن كان كذلك فقد احتمل ذنبه ولا شىء على القائل له ذلك، لصدقه فى قوله: وإن لم يكن كذلك فقد باء القائل بذنب كبير وإثم عظيم احتمله بقوله ذلك، قال ابن عبد البر فى «التمهيد فى شرح الموطأ».

فرع: ولو قال رجل لرجل من السراة كذبت وأثمت عزر بالسوط وهذا إذا قاله له فى مشاتمة لأنه بمنزلة قوله كذاب، وأما إن نازعه فى شىء فقال له: أنت فى هذا كاذب آثم، فلايجب عليه فى هذا أدب إلا أنه ينهى عن ذلك، ويزجر إن كان لايتعلق به حق فيما نازعه فيه، وهو مبنى على التفصيل المتقدم فى قول الرجل للرجل: ياكلب؛ من «البيان».

فرع: وفى «وثائق الحريرى»: ويؤدب فى سائر الشتم نحو ياكلب يا خنزير ياحمار، وما أشبه ذلك.

فرع: قال ابن الماجشون وأصبغ: وينبغى للحاكم إذا لمزه أحد الخصمين بما يكره أن يعزره، والأدب فى مثل هذا أولى من العفو إذا كان القاضى من أهل الفضل. قال ابن عبد الحكم: إلا فى مثل اتق الله فى أمرى واذكر الله تعالى، وينبغى أن يتثبت ويجيبه بجواب لين كقوله: رزقنا الله تقواه، وإنى لأرى من تقوى الله أن أحكم عليك وأخذ منك الحق، وإنه ليجب على وعليك أن نتقى الله ويبين له من أين يحكم عليه.

فرع: إذا ترافع رجلان إلى القاضى فقال أحدهما: قال لى هذا: يازانى، وأنكر الآخر، فإن كان المدعى عليه ممن هو أهل أن يقول هذا القول سجنه القاضى حتى يقيم الآخر البينة؛ من «الطرر».

فرع: وفى «أحكام ابن سهل»: وإن ادعى عليه أنه قذفه لم يجب عليه اليمين، إلا أن تشهد بينة بمنازعة وتشاجر كان بينهما فتجب اليمين حينئذ.

فرع: وفى «أحكام بن زياد» ومن قال للشهود: أنتم تشهدون على أو قال لأهل الفتوى أنتم تفتون على لا أدرى من أكلم، كأنه ذهب مذهب التوبيخ لهم فأفتوا بأنه يؤدب أدبًا موجعًا؛ وقاله ابن لبابة ومحمد بن غالب وغيرهما.

فرع: إذا قال للشاهد: شهدت على بالزور وقصد أذاه نكل قدر حاليهما، وإن كان إنما عنى أن الذى شهدت به على باطل لم يعاقب.

فرع: إذا ثبت عند القاضى أن بعض الشهود يشهد بالزور ويأخذ الجعل على شهادة الزور عزر على الملأ ولايحلق له رأسًا ولا لحية، ورأى القاضى أن يسود وجهه، وقال ابن عبد الحكم: يطاف به ويشهر فى المجالس والحلَق وحيث يعرف الناس؛ قال ابن القاسم يريد مجالس المسجد الجامع، ويضربه ضربًا عنيفًا ويسجل عليه، ويجعل من ذلك نسخًا يودعها عند الناس ممن يثق به، وقال: لا أرى أن تقبل شهادته أبدًا إن كان ظاهر العدالة لأن ذلك منه رياء ولا تكاد تعرف توبته.

وفى «المتيطية»: وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنه إذا تاب وحسنت حاله قبلت توبته، والأول أصح ولم يصحب هذه الرواية عمل، واختلفوا فى عقوبته إذا جاء تائبًا ويظهر عليه، فقال بعض الفقهاء: الأظهر أن لا يعاقب ولاتجوز شهادته ويغرم ما أتلف بشهادته، واختلفوا فى الجراح والقتل فانظره.

وفى «مختصر الواضحة»: إن جاء تائبًا قبل الحكم بشهادته فلا عقوبة عليه، وإن كان بعد الحكم فعليه العقوبة، وأما إن ثبت ذلك بالبينة فعليه العقوبة كان ذلك قبل الحكم أو بعده ويشهر ويفضح.

وقال عبد العزيز بن الماجشون: إن كان قبل أن يظهر عليه شهادة الزور مبرزًا فى العدالة فهذا لا تقبل شهادته أبدا، وإن لم يكن مشهورًا بالعدالة ثم تاب وحسن حاله فهذا تقبل شهادته؛ من «وثائق ابن الهندى»، وحكى ابن عبد البر - رحمه الله- فى «تاريخه»: أن صاحب الشرطة إبراهيم بن حسين بن خالد، أقام شاهد زور على الباب الغربى الأوسط، فضربه أربعين سوطًا وحلق لحيته وسخم وجهه، وأطافه إحدى عشرة طوفة بين الصلاتين، يصاح عليه هذا جزاء شاهد الزور،

وكان صاحب الشرطة هذا فاضلاً خيرًا فقهيًا عالمًا بالتفسير، ولى الشرطة للأمين محمد، وكان أدرك مطرف بن عبد الله صاحب مالك وروى عنه موطأه يومئذ أن أفعاله يقتدى بها.

فرع: فى عقوبة من قذف رجلا بشرب الخمر أو بالسرقة وفى «المدونة»: إذا شهد رجل على آخر أنه شرب خمرًا نكل الشاهد، وإن قال فيمن شهد على رجل بالسرقة، إن كان لها من يطلبها لم يعاقب الشاهد عدلا كان أو غير عدل، وإن لم يكن لها من يطلبها عوقب إن كان غير عدل، وإن كان عدلا فلا.

وفى «المبسوط» : عقوبة على من شهد على رجل يشرب الخمر أو السرقة، وقيل أيضًا باعتبار التفرقة فى المشهود عليه بذلك، فإن كان من ذوى الهيئات نكل الشاهد، وإن كان ممن يتهم بذلك فلا شىء عليه، قال ابن المناصف فى «تنبيه الحكام»: والأولى فى ذلك كله ما عدا الشهادة بمعاينة الزنا، أن لا عقوبة على الشاهد إذا كان إنما أتى بها على معنى الشهادة لا على معنى الهجر والسب، لأن الأصل فى البينات أنها إذا لم يثبت الحق بها أن لا عقوبة على من شهد بها، وحيث تبين أنه قصد بها الأذى نكل وعوقب على قدر حاله فى الشر واشتهاره به، وبحسب المقول وبشاعته وبحسب المقول فيه ذلك.

مسألة: وفى «عيون المجالس» للقاضى عبد الوهاب: إذا ارتد ثم تاب، لم يعزره فى المرة الأولى ويجوز أن يعزره فى المرة الثانية والثالثة والرابعة إذا رجع إلى الإسلام، ولست أعرفه منصوصًا ولكنه يجوز عندي، والفرق بين المرة الأولى وما بعدها، أنه فى المرة الأولى يجوز أن يكون قد دخلت عليه شبهة فارتد، ثم رجع إلى الإسلام بسبب زوالها، فإذا عاود الردة بعد زوال الشبهة ثم تاب لأنه لم يبق له شبهة، ولايزاد على التعزير ولايحبس ولايقتل.

فصل

فى عقوبة من زور على القاضى

وفى «أحكام ابن سهل» فى صداق اختلق[1] على القاضى؛ من «أحكام ابن زياد»، اقرءوا -رحمكم الله- الصداق حتى تأتوا على آخره، واكتبوا إلىّ بما يجب

(١) قوله: «وفى أحكام ابن سهل فى صداق اختلق إلى قوله: ما فى الكتاب» هكذا بالأصل، فلينظر.

على الزوج والمرأة والشهيدين، فإنه أتانى من قام بالحسبة فهذا الصداق الذى اختلق، وقال: إنى أمره به على ما فى الكتاب.

فأجاب أبو صالح: قرأت -وفقك الله- الصداق من أوله إلى آخره، فرأيته قد بنى على أن القاضى قدم بعقده، فإذا صح عندك أنه مختلق مفتعل وجب فسخه، وتأديب عاقده وشاهديه والناكح تأديبًا بليغًا يكون شرادًا لغيرهم، ومقمعة لمن سمع بهم من أمثالهم وهذا قول مالك إذا دخل بها، وإن لم يدخل بها فيرى القاضى رأيه فى الحمل عليهم ما يكون زاجرًا لهم ووعظًا من فعلهم، وقال ابن لبابة: يعاقب الشاهدان عقوبة شاهد الزور، ويطاف بهما كما يفعل بأهل الزور، لأنهما قد أقرا بأنهما شهدا على مالم يسمعا، وهذه شهادة زور إذا شهد على ما لم يستشهد عليه، ويعاقب على ما افتات على القاضى.

وأما الناكح فهو أعذر لعله يقول: لما شهد الشاهدان وعقد العاقد، قد ظننت أنهم قالوا الحق فهو عندى أعذر، والشاهدان والعاقد لا عذر لهم فى افتياتهم -إن شاء الله تعالى.

فصل

فى عقوبة القاضى إذا حكم بالجور

وفى «مختصر الواضحة»: وعلى القاضى إذا أقر بالجور، أو ثبت عليه ذلك بالبينة العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر ويفضح ولا تجوز ولايته أبدًا ولاشهادته، وإن أحدث توبة وصلحت حاله بما اجترم فى حكم الله تعالى.

مسألة: من «الطرر»: ولا تجوز شهادة ملقن الخصم فقيهًا كان أو غيره، ويضرب ويشهر فى المجالس ويعرف به ويسجل عليه، وقد فعله بعض القضاة بقرطبة بكثير من الفقهاء بمشورة أهل العلم عنده.

فصل

فى العقوبة بالسجن وذكر حقيقته

وعلى من يتوجه وقدر مدته

فأما حقيقته ففى «وثائق ابن الهندى» أن السجن مشتق من الحصر. قال الله

تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا جَهَنَّمَ لِلْكَافِرِينَ حَصِيرًا﴾ [الإسراء:٨]؛ أى: سجنا وحبسا، قال: والسجن وإن كان أسلم العقوبات، فقد تأول بعضهم قوله تعالى: ﴿إِلاَّ أَن يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [يوسف:٢٥]، أن السجن من العقوبات البليغة، لأنه سبحانه وتعالى قرنه مع العذاب الأليم، وقد وعد يوسف عليه الصلاة والسلام الانطلاق من السجن إحسانًا إليه فى قوله: ﴿وَقَدْ أَحْسَنَ بِي إِذْ أَخْرَجَنِي مِنَ السِّجْنِ﴾ [يوسف:١٠٠] ولاشك أن السجن الطويل عذاب.

وقد حكى الله تعالى عن فرعون إذ أوعد موسى: ﴿لأَجْعَلَنَّكَ مِنَ الْمَسْجُونِينَ﴾ [الشعراء:٢٩] -ونسأل الله العافية- ولما استخلف مروان بن الحكم ابنه على بعض المواضع، أوصاه أن لا يعاقب فى حين الغضب، وحضه على أن ينسجن حتى يسكن غضبه ثم يرى رأيه، وكان يقول: إن أول من اتخذ السجن كان حليمًا، ولم يرد مروان طول السجن، وإنما أراد السجن الخفيف حتى يسكن غضبه.

وقال ابن قيم الجوزية الجنبلى: اعلم أن الحبس الشرعى ليس هو السجن فى مكان ضيق، وإنما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه حيث شاء، سواء كان فى بيت أو فى مسجد أو كان يتوكل نفس الغريم أو وكيله عليه وملازمته له، ولهذا أسماه النبى ﷺ أسيرًا، ففى «سنن أبى داود» «وابن ماجه» عن الهرماس بن حبيب عن أبيه عن جده، قال: أتيت النبى ﷺ بغريم لى فقال لى: **«ألزمه»**، ثم قال لى: **«يا أخا بنى تميم ما تريد أن تفعل بأسيرك»** فى رواية «ابن ماجه»: **«مر بى آخر النهار»** فقال: **«ما فعل أسيرك يا أخا بنى تميم؟»** وهذا كان هو الحبس فى زمن رسول الله ﷺ وأبى بكر الصديق -رضى الله عنه- ولم يكن له حبس معد لحبس الخصوم، فلما انتشرت الرعية فى زمن عمر - رضى الله عنه- ابتاع بمكة دارًا وجعلها سجنًا يحبس فيها، وجاء أنه اشترى من صفوان بن أمية دارا بأربعة آلاف درهم وجعلها حبسًا، وفى هذا دليل على جواز اتخاذ الحبس.

مسألة: نقل أبو عبد الله محمد بن الفرج المعروف بابن الطلاع الأندلسى المالكى فى كتابه المسمى بـ «بأحكام رسول الله ﷺ» قال: اختلف أهل الآثار هل سجن رسول الله ﷺ أحدًا أم لا؟فذكر بعضهم أنه لم يكن لهما سجن ولا سجنا أحد،

وذكر بعضهم: أن رسول الله ﷺ سجن فى المدينة فى تهمة دم، رواه عبد الرازق والنسائى فى مصنفيهما، وفى غير المصنف: أنه ﷺ حبس فى تهمة ساعة من نهار ثم خلى بينه، ووقع فيه «أحكام بن زياد» عن الفقيه أبى صالح عن أيوب ابن سليمان: أن رسول الله ﷺ سجن رجلا أعتق شركًا له فى عبد، فوجب عليه استتمام عتقه، قال فى الحديث حتى باع غنيمة له، وقال ابن شعبان فى «كتابه»: وقد روى عن النبى ﷺ أنه حكم بالضرب والسجن، فثبت بهذا أن النبى ﷺ سجن، وإن لم يكن ذلك فى سجن متخذ لذلك.

وثبت عن عمر - رضى الله عنه- أنه كان له سجن، وأنه سجن الحطيئة على الهجو، وسجن صبيغًا على سؤاله عن الذاريات والمرسلات والنازعات وشبههن، وأمره للناس بالتفقه فى ذلك، وضربه مرة بعد مرة ونفاه إلى العراق وقيل: إلى البصرة، وكتب أن لا يجالسه أحد، قال المحدث: فلو جاءنا ونحن مائة لتفرقنا عنه، ثم كتب أبو موسى إلى عمر أنه قد حسنت توبته، فأمره عمر فخلى بينه وبين الناس.

وسجن عثمان - رضى الله عنه- صابى بن حارث، وكان من لصوص بنى تميم وقتالهم حتى مات فى الحبس.

وسجن على بن أبى طالب- رضى الله عنه- فى الكوفة، وسجن عبد الله بن الزبير بمكة، وسجن أيضًا فى سجن عارم محمد ابن الحنفية إذ امتنع من بيعته؛ اهـ.

مسألة: ولما كان حضور مجلس الحاكم من جنس الحبس، لما فيه من التعويق عن التصرف فى مصالح المطلوب، لأن الحاكم يطلب الغريم للمدعى بخواتم أو رسول إليه كان فى موضعه، أو فيما قرب منه فيحصل للغريم تعويق عن مصالحه، ثم إذا حضر مجلس الحاكم فقد يكون الحاكم غير جالس للخصوم فى ذلك الوقت، وربما كان مشغولاً عنه بغيره، فلايزال معوقًا حتى يتفرغ القاضى الفصل بينه وبين غريمه، فلذلك اختلف العلماء، هل يحضر الخصم المطلوب بمجرد الدعوى أو لابد أن يسأله عن وجه الدعوى ويذكر للحاكم السبب؟ فالذى ذهب إليه جماعة من أصحابنا أنه لايحضره حتى يبين المدعى أصلا، وهى رواية عن أحمد.

ونقل عن الشافعى وأبى حنيفة وعن أحمد فى رواية: أن يحضر المطلوب بمجرد الدعوى، والأول أولى لأن الدعوى قد لا تتوجه فيبعث إليه من مسافة العدوى، ويحضره لما لايجب عليه فيه شىء، ويفوت عليه كثير من مصالحه، وربما كان حضور بعض الناس والدعوى بمجلس الحكام يزرى به، فيقصد من له غرض فاسد أذى من يريد ذلك.

فرع: وإذا تقرر أن الحاكم يطلب الغريم فينبغى ذكر المسافة التى يطلبه منها، والجارى فى كتب الأصحاب أنه يطلبه من مسافة العدوى فإن زاد لم يطلبه حتى يثبت حقه عنده بشاهدين أو بشاهد واحد، وإن لم يكن إلا مجرد عود خصمه لم يلزمه حضوره إلا فيما قرب كطرف البلد.

قال ابن عبد السلام: وربما قيل ثلاثة أميال ونحوها، والتحديد فى تلك الأميال على خلاف الأصل، وقال ابن راشد: والقريب ثلاثة، وقال ابن حبيب: مثل أن يأتى ويرجع فى منزله والطريق مأمونة والبعيد مازاد على ذلك، فإن زاد على مسافة العدوى يثبت حقه، كتب إليه القاضى، إما أن يحضر مع خصمه أو يرضيه أو يكتب إلى من يثق به ينظر فى أمرهما.

فصل

فى بيان من يتوجه عليه الحبس

ذكر القرافى فى الفرق السادس والثلاثين والمائتين، أن المشروع من الحبس ثمانية أقسام:

الأول: حبس الجانى لغيبة المجنى عليه حفظًا لمحل القصاص.

الثانى: حبس الآبق سنة حفظًا للمالية رجاء أن يعرف ربه.

الثالث: حبس الممتنع من دفع الحق الجاء إليه.

الرابع: حبس من أشكل أمره فى العسر واليسر اختبارًا لحاله، فإذا ظهر حاله حكم بموجب عسر أو يسر.

الخامس: حبس الجانى تعزيرًا أو ردعًا عن معاصى الله تعالى.

السادس: حبس من امتنع من التصرف الواجب الذى لا تدخله النيابة كحبس من أسلم على أختين أو عشر نسوة أو امرأة وابنتها وامتنع من التعيين.

السابع: حبس من أقر بمجهول عين أو فى الذمة وامتنع من تعيينه فيحبس حتى يعينه، فيقول المقر له به هو هذا الثوب أو هذه الدابة أو الشىء الذى أقررت به فى ذمتى هو دينار.

الثامن: حبس الممتنع من حق الله تعالى الذى لا تدخله النيابة عندنا، وعند الشافعى: كالصوم والصلاة فيقتل فيه وما عدا هذه الثمانية لايجوز الحبس فيه؛ انتهى. ويزاد إلى ما ذكره قسم تاسع: وهو حبس المتداعى فيه، وقسم عاشر وهو من يحبس اختبارًا لما ينسب إليه من السرقة والفساد، قال: ولايجوز الحبس فى الحق إذا تمكن الحاكم من استيفائه، مثل أن يمتنع من دفع الدين ونحن نعرف ماله، فإنا نأخذ منه مقدار الدين ولايجوز لنا حبسه، وكذلك إذا ظفرنا بداره أو بشىء يباع له فى الدين رهنا أم لا، فلنفعل ذلك ولا نحبسه، فإن فى حبسه استمرار ظلمه ودوام المنكر فى الطلب وضرره هو مع إمكان أن لايبقى شىء من ذلك كله.

قال: وكذلك إذا رأى الحاكم على الخصم فى الحبس من الثياب والقماش مايمكن استغناؤه عنه أخذه من عليه قهرًا وباعه فيما عليه، ولايحبسه تعجيلا لرفع الظلم وإيصال الحق لمستحقه بسبب الإمكان.

تنبيه: وفى «تنبيه الحكام على مأخذ الأحكام» لابن المناصف قال: وإذا ضرب الأجل للطالب فى إثبات ما ادعاه قبل المطلوب، فسأل أن يأخذ من المطلوب كفيلا بوجهه لأجل الخصومة فعليه ذلك، فإن عجز عن الكفيل لم يحبس ولم يلزمه شىء، وقيل: للطالب لازمه إن شئت، وفى «المدونة» فيمن ادعى على رجل دينًا أو شيئًا مستهلكًا، وسأل القاضى أن يأخذ منه بذلك الحق كفيلا، فإنه إن كان للمدعى بينة على المخالطة والمعاملة وما يوجب اللطخ وهم حضور، فإنه يوكل بالمطلوب حتى يأتى بذلك اللطخ فيما قرب من يومه وشبهه؛ انظر تمامها فى «التهذيب».

سؤال: قال القرافى: كيف يخلد فى الحبس من امتنع من دفع درهم وجب عليه

وعجزنا عن أخذه منه لأنها عقوبة عظيمة فى جناية حقيرة، وقواعد الشرع تقتضى تقدير العقوبات بقدر الجنايات؟

جوابه: أنها عقوبة صغيرة بإزاء جناية صغيرة لم تخالف القواعد، فإنه فى كل ساعة يمتنع عن أداء الحق عاصٍ فيقابل فى كل ساعة من ساعات الامتناع بساعة من ساعات الحبس، فهى جنايات وعقوبات متكررة متقابلة، فاندفع السؤال ولم يخالف القواعد؛ انتهى. وقد يجاب بأنها عقوبة عظيمة، فإن مطل الغنى ظلم، والإصرار على الظلم والتمادى عليه جناية عظيمة فاستحق ذلك، والظالم أحق أن يحمل عليه.

فصل

فى ذكر أمثلة الأقسام الثمانية

الأول: حبس الجانى حتى ينظر ما يئول إليه أمر المجنى عليه حفظًا لمحل القصاص، وقد تقدمت أمثلته فى «باب الدعوى على المتهمين».

الثانى: حبس الآبق سنة، قال بعض أصحابنا: مراد مالك- رحمه الله: أنه يحبس سنة، إذا كان للعبد صنعة تقوم بنفقته أو إمام عادل ينفق عليه من بيت المال، وإلا بيع قبل السنة، وكذلك قال ابن القاسم: حبسه سنة هو السنة إلا أن يخاف عليه الضياع فيباع، قال مالك: إذا أنفق عليه الإمام وباعه أخذ من ثمنه النفقة، وحبس الباقى لربه ولا يطلقه بعد السنة لئلا يأبق ثانية، قال سحنون: لا أرى أن يوقف سنة، بل ما يتبين أمره فيه ثم يباع ويكتب صفته حتى يأتى طالبه، قال ابن يونس: هو الصواب، لأن نفقة السنة ربما أذهبت ثمنه، وقال بعضهم: إن الإمام لايحبسه حتى يخالف عليه الضياع بل يخلى سبيله، ووجه ذلك أن حبسه يحول بينه وبين سيده فلا يجده.

مسألة: وإذا حارب الآبق فليس لواجده على ربه إلا ما أنفق لأنه لايجوز له أن يضيع ماله، فمن قام بحفظه رجع عليه، وأما الجعل فإن كان ممن ليس شأنه أخذ الجعل فلا جعل له، وإلا فله الجعل لأنه فعل فعلا يحفظ به مال غيره وبه يجب عليه ذلك، وإن لم يفعل عد سفها وحجر عليه.

مسألة: فإذا أرسله واجده، وخاف عظم النفقة ضمنه لتعديه بإرساله كما لو أخذ لقطة فردها، وقال فى «العتبية» أرى أن يرسله إذا لم يجد من يعرفه خيرًا من أن يبيعه، فيهلك ثمنه أو يطرحه فى السجن فلا يجد من يطعمه.

فرع: وفى «المتيطية»: اختلف قول مالك فى الآبق، فمرة أمر واجده أن يأخذ كان واجده جارًا أو غيره، ومرة نهى عن ذلك لئلا يكون حبسه داعيًا إلى انقطاع خبره عن سيده، واستحب مالك له أن يأخذه إذا كان ممن يعرفه.

الثالث: حبس الممتنع من أداء الحق **وهو ثلاثة أقسام:**

الأول:حبس تضييق وتنكيل، وهو فى حق من عرف أنه قادر على أداء ما عليه من الحق وهو ممتنع من أدائه، فلا خلاف بين العلماء أن هذا يعاقب حتى يؤدى ما عليه، ونصوا على عقوبته بالضرب ذكر ذلك الفقهاء من الطوائف الأربعة، ففى الحديث الصحيح «مطل الغنى ظلم»، والظالم يستحق العقوبة شرعًا، وفى الحديث: «**لىّ الواجد يحل عرضه وعقوبته**»، والعقوبة لا تختص بالحبس بل هى فى الضرب أظهر منها فى الحبس، ويستثنى من هذا أن الولد لايحبس والده فى دينه لحرمة الأبوة بخلاف نفقته.

مسألة: وأما من أخذ من أموال الناس بدين أو بتجر ثم زعم أنه لا شىء معه، ولم يعلم أنه عطب ولا سرق ولا نكب ضرب بالسياط، فى الجميع وغيرها حتى يؤدى ما عليه أو يموت فى الحبس، أو يتبين للإمام أنه لا شىء معه فيطلقه بعد أن يحلفه، وبذلك كان سحنون يفعل هذا لقوة التهمة أنه غيب المال.

مسألة: ويحبس الوصى إذا لم يدفع الدين الذى فى ذمة الأيتام، إذا كان لهم تحت يده مال وكذلك الأب، ويحبس أحد الزوجين لصاحبه والولد لأبويه ولا يحبسان، ولكن يلزمهما الإمام بالقضاء ويحثهما ويجتهد فى إلزامهما به لئلا يظلمه لهما، ويحبس السيد فى دين مكاتبه، ويحبس فى نفقة العبيد ومن فيه بقية رق.

مسألة: إذا ثبت عدم الغريم وانقضى أمد سجنه فلا يطلقه، حتى يحلفه أنه ما له مال ظاهر ولا باطن، ولئن وجد مالا ليؤدين إليه حقه. وفائدة زيادته فى

اليمين، ولئن وجد مالا ليؤدين أنه لو قـام عليه بعد ذلك وادعى علي ذلك ببينة، وسئل أن يحلف له أنه قد أفاد مالا لم يكن ذلك له، لأنه قد استحلفه على ذلك، فلا يمكن من تعنيته كل يوم باليمين ولا سبيل له عليه حتى يتبين أنه أفاد مالا.

مسألة: وقد تقدم أن الغـريم إذا كان مليًا أمره القاضى بإنصـاف غريمه، فإن لد وكان له مال ظاهر قضى منه وإلا سجن، فإن قضى وإلا ضرب حتى يقضى.

فرع: فإن كان يقـدر على الأداء ولكن بمضرة فإنظاره مسـتحب، ولو كان عنده مال وباعه فى الحال قضى منه، ولكن يشق عليه خروجه عن ملكه، كجاريته وعبد التاجر ومـركوبه، وما يدركه فى بيـعه مضرة أو مـعرة لم يؤخذ ببيـعه لأن الشأن القضاء من عين ذلك، وإليـه ذهب مالك فى المبسوط، وقـاله اللخمى: وسئل ابن رشد عن الرجل يكون له على رجل دين حال، وللغريم سلعة يمكن بيعها بسرعة، فطلب صاحب الدين أن تبـاع، وطلب المديان أن لا يفوت عليـه وأن يضع السلعة رهنًا، ويؤجل أيامًا ينظر فيها فى الدين.

فأجاب بأن من حقه أن تجعل السلعـة رهنا، ويؤجل فى إحضار المال بقدر قلته وكثرته، وما لا يكون فـيه ضرر على واحد منهما باجتـهاد الحاكم فى ذلك، بهذا جرى القضاء وعليه العمل، وعليه تدل الروايات؛ من «مفيد الحكام».

مسألة: ولو عرض ربعه فلم يجد من يشتـريه إلا ببخس، وقال سحنون: يدعو الحاكم إلى ربعه ويستقـصى فيه الثمن، ثم يبيعه بالخيـار رجاء أن يزاد فيه، فإن لم يحصل زيادة باعه أو باع منه بقدر الدين إن وجد من يشترى بعضه.

فرع: فإن كان الغريم لايملك غير الأصول وأثبت ذلك، فإن وافقه الطالب على ذلك فلا يمـين عليه، وإلا أعذر الحـاكم إلى الطالب فى الشـهادة بأنه لايملك غـير الأصول، فإن سلمها وطلب واجب الشرع وادعى مدفعًا وعجز عن إثباته، أحلف القاضى الغريم أنه ما يملك الربع، ثم يضـرب له أجلا بحسب ما يرى أنه يبيع فى مثله، قال ابن زرب وغيـره: يؤجل نحو شهرين، قال سحنون: ولايـلزمه حميل بالمال وفيه نظر، وقال غيره: يلزمه حميل بالوجه.

القسم الثانى: حبس تعزير وتأديب، وذلك فى حق من ألد واتهـم أنه خبأ مالا

ولم يتحقق ذلك كما فى القسم الأول، فيطال حبسه حتى يقضى أو يثبت عدمه فيحلف ويخلى على الوجه المذكور فى ذلك.

مسألة: وهذا المتهم لابد من سجنه إلا أن يأتى بحميل غارم، ولايسقط الغرم عنه بثبوت عدم المطاوب، لأن سجنه إنما هو ليلجأ إلى الأداء ولايقبل منه حميل بوجهه.

مسألة: فإذا ادعى الغريم العدم، فإن وافقه عليه المدعى لم يكن له مقال، وإن لم يوافقه وادعى المطلوب أن الطالب عالم بعدمه، فقال ابن شعبان وابن الفخار وغيرهما: يحلف له، فإن نكل لم يكن له مقال غير أن القاضى يستحلفه ما له ظاهر ولا باطن يعلمه، ولا يحلف البت فقد يكون له مال لايعلم به من ميراث أو هبة، وظاهر ما فى «المجموعة»: أنه يحلف على البت، وإن لم يدع المطلوب علم الطالب بعدمه، أو ادعاه فحلف، فإن كان الغريم ظاهر الإقلال لبذاذة حاله، أو قلة جدوى حرفته كالخياط والبقال وغيرهما من الصناع، ومن شأن أهلها العدم فيقبل قوله ولايسجن، قال اللخمى: إلا أن تكون الدعوى قليلا مما عومل عليه فى صنعته، فلا يحمل على الصدق حتى يثبت ذلك.

فرع: فإذا أثبت الغريم عدمه وأعذر للطالب فى شهور العدم فادعى مدفعًا وعجز عنه خلى الحاكم سبيل الغريم.

فرع: وفى «المتيطية»: ومن وجبت عليه يمين فامتنع منها حتى يبرز المطلوب المال الذى يحلف عليه، فإن ذلك لايجب على المطلوب حتى يحلف الطالب إذ لايستحق المال إلا باليمين، فإن قال: أخشى أن أحلف ثم يدعى المطلوب العدم، كان من حقه أن يشهد له المطلوب أنه موسر غير عديم، ثم يحلف الطالب، فإن ادعى المطلوب العدم بعد ذلك حبس حتى يؤدى ولا تسمع بينته بالعدم إن قامت له، لأنه ألد بها ويطال سجنه حتى يؤدى.

فرع: وأما إن باع الرجل منافعه من رجل لينسج له ثيابًا مدة معلومة، جبر على أن يعمل تلك المدة، قال اللخمى: ويفترق الجواب إذا كان محتاجًا لما ينفق على عياله، فأما من يداين ليعمل ويقضى، فإنه مبتدأ عياله ومقضى دينه من الفاضل،

وإن باع منافعــه مدة معلومــة بدئ بالذى استأجـره، وإن أدى ذلك إلى أن يتكفف الناس إلا أنه يخاف عليه الموت، فيخير المستأجر بين أن يسلفه ما يعيش هو به دون عياله حتى يتم عمله، أو يتركه يعمل عند غيره بمثل ذلك.

مسألة: وإذا سأل الغريم أن يؤخره الحاكم اليوم ونحوه، يعطى حميلا بالمال آخر والقضاة اليوم يؤخرونه ثلاثة أيام، وذلك راجع إلى اجتهاد الإمام حسبما يظهر من حال الغريم من لدد وغيره، وسئل سحنون عمن وجب له دين فسأل أن يؤخر يومًا أو نحوه، قال: يـؤخر ويعطى حميلا بـالمال، فإن لم يجد بالمال حمـيلا ولا وجد المال سجن.

ووقع فتيـا بعض الشيوخ فيمن سـأل التأخير بحمـيل المال أنه قال: ليس على القاضى تأخير، وإنما عليه الحكم بالأداء، فإن أبى الطالب أن يؤخر بالحبس، ولكن الغـريم يسأل ذلك من الطالب، وأمـا أن يكون بنظر القـاضى وأمره، فـلا إلا أن القاضى يحض بالرفق على الغريم والإحسان إليه.

وأنكر ذلك ابن سهل وقـال: هذا خلاف لنصوص مـالك وأصحابه، واسـتدل على ذلك بقول مـالك فى المستشـفع: يريد الأخذ بالشفـعة ولايحضـره النقد أنه يؤخره اليوم واليومين والثلاثة.

قال ابن القاسم: وبذلك أخذ مالك ورآه حسنًا من عمل القضاة.

وقال ابن الماجـشون: يؤخر عشـرة أيام، قال أصبغ: الخمـسة عشر والعـشرين بالاجتهاد.

وعن مالك أيضًـا: فى المكاتب إن جاء بالكتـابة إلى الأجل وإلا أخر شـهرًا أو نحوه، كما يؤخر الغريم.

وقال ابـن عبد الحـكم: كل مطلوب بحق يؤخر قـدر ما يرى حين يتـرك ذلك يؤخر إلى أربعة أيام وخـمسة، وذلك مختلف فى كثـرة المال وقلته وهو على قدر اجتهاد الحاكم فيمن نزل ذلك به، فهذه نصوص من قول مالك وأصحابه فى تأخير الغريم مما يطلب به، وقد جعلوا إلى القاضى التأخير بالاجتهاد فيه، وبالتأخير اليوم ونحوه إذا أعطى حميـلا بالمال جرى العمل والفتيا ووقع سماع عـيسى فى الحميل

الشهود منها، وفى «أحكام ابن سـهل» فى «باب النكاح» قال ابن عبد الحكم: من قضى دينا عليه بصك وأراد أخذ الصك وأبى الطالب لم يجبر على اعطائه، وأجبر على أن يكتب له براءة كتابًا فى الموضع الذى فيه الشـهود عليه أو غيره، وبهذا تم الكلام على القسم الثالث.

الرابع: حبس الممتنع من أداد الحق، وحبس من أشكل أمره فى العسر واليسر.

بالمال إذا حل أجله لايؤخر إلا برضا صاحب الحق وهو كالغريم، وهو كلام محتمل للتأويل، والذى قدمناه هو البين؛ انظر «ابن سهل» فى «باب المديان».

وقال ابن المناصف فى «تنبيه الحكام»: قال ابن الماجشون: إذا حل الدين فطلب الغرماء المديان فسأل الإنظار ووعد القضاء، أخره الإمام بقدر ما يرجوه ولا يعجل عليه، وأما إذا تفالس ولم يعد بالقضاء وجهل عدمه، فإنه يحبس فى الدريهمات نصف شهر، وفى الوسط من الدين شهرين، وفى الكثير أربعة أشهر.

مسألة: إذا شهد قوم بالعدم وشهد قوم بالملاء، فإن شهدوا كلهم على الحال ولم يقولوا لا نعلم مالاً أخفاه، فقيل: يقضى بأعدلهما، فإن تكافأتا سقطتا وبقى مسجونًا، وقيل: بل يخرج حتى يكشف عنه وعن حاله فى السر فيعمل على ذلك، وقيل إن بينة الملاء أعمل وإن كانت الأخرى أعدل، ولو قالت بينة الملاء لا نعلم له مالا، أخفاه لما صح أن يختلف فى أنها أعمل.

القسم الثالث: حبس تلوم واختبار وذلك فى حق المجهول الحال، فإذا لم يكن الغريم ظاهر الإقلال سجنه الحاكم لأن الغالب الملاء حتى يثبت عدمه إلا من قوله ولم يكن ظاهر العدم فإنه يسجن حتى يتبين حاله، وفى «المتيطية» قال مالك فى «المدونة»: لايحبس الحر ولا العبد فى الدين إلا بقدر ما يستبرأ أمره، فإن اتهم أنه خبأ مالا وإلا خلى سبيله.

مسألة: فإن طلب أن يعطى حميلاً بوجه حتى يثبت عدمه، أو كان فى السجن وطلب الخروج بحميل ليثبت عدمه فعمل قضاة العصر على تمكينه من ذلك؛ انظر «ابن راشد».

وفى «التبصرة»: إذا حبس الغريم فى دين حتى يتبين حاله وثبت فقره، ثم أتى بحميل ليسعى فى منافعه كان له ذلك عند ابن القاسم ولم يحبس، ومنعه سحنون، والأول أحسن إلا أن يكون معروفًا باللدد، فلا يقبل منه حميل والسجن أقرب لاستخراج الحق من أمثاله، ووجه قول سحنون أنه إذا ثبت عدمه لم يكن بد من يمينه ما أخفى شيئًا فإذا أعطى حميلا وتغيب لم يكن للغريم أن يحلف عنه.

فرع: إذا قبل منه الحميل ليثبت عدمه فغاب الغريم وأثبت الحميل عدم الغريم، فقال ابن رشد: يغرم الحميل وإن تبين عدمه لأجل اليمين اللازمة له، قال اللخمى: إذا ثبت عدمه برئ من الحمالة، لأن اليمين بعد ثبوت الفقر أنه لم يكتم شيئًا استحسان واستظهار إلا أن يظن أنه ممن يكتم.

مسألة: نقل ابن راشد عن اللخمى أنه قال: قد تنزل أشياء لا تقبل فيها الشهادة بالعدم ودعوى العجز وإن كان المطلوب فقيرًا.

منها: أن يكون ممن يطلب بدين مناجمة فيقضى بعض تلك النجوم ثم يدعى العجز بعد قضاء البعض ويأتى بمن يشهد بفقره، وحاله يتغير عما كان عليه يوم الأداء فلا تسمع بينته.

ومنها: الرجل ينفق على ولده وأمه فى العصمة ثم يفارقها ويدعى العجز عن نفقه والده، فلا تسمع بينته بالفقر ولا بالعجز، لأنه بالأمس قبل الطلاق كان ينفق عليه، فهو اليوم أقدر لزوال نفقة الزوجة عنه إلا أن تشهد البينة أنه نزل به ما نقله عن حاله الذى كان عليه وتغير حاله.

مسألة: إذا كان الدين عن غير عوض مالى كالإتلاف والضمان والمهر والحمالة، ومثل ذلك نفقة القرابة فادعى الغريم الإعسار وأنكر المدعى ذلك ولايعلم حاله وليس له مال ظاهر فقيل: يسجن، وقيل: لايسجن، لأنه ليس هنالك أصل يستصحب، يعنى لأنه لم يتقدم لهذا الدين عوض من بيع أو سلف فيحمل الأمر على نفى العوض بيده، قال ابن رشد: والصحيح أنه يحبس فى الجميع.

مسألة: وفى «المعونة» للقاضى عبد الوهاب: إذا كان لرجل على رجل حق ببينة فطالبه المدعى، كان للمدعى عليه أن يمنعه حتى يحضر الوثيقة وتسقط شهادة الشهود منها، وفى «أحكام ابن سهل» فى «باب النكاح» قال ابن عبد الحكم: من قضى دينا عليه بصك وأراد أخذ الصك وأبى الطالب لم يجبر على اعطائه، وأجبر على أن يكتب له براءة كتابًا فى الموضع الذى فيه الشهود عليه أو غيره، وبهذا تم الكلام على القسم الثالث.

الرابع: حبس الممتنع من أداد الحق، وحبس من أشكل أمره فى العسر واليسر.

الخامس: حبس الجان تعزيرًا وقد تقدمت أمثلته مستوفاة من «باب التعزير».

السادس: حبس من امتنع من التصرف الواجب الذى تدخله النيابة وقد ذكر القرافى مسئلة من أسلم على أم وابنتها ومن أسلم على عشر.

مسألة: وفى «الطرر» إذا نفى الرجل ولده وادعى الرؤية يسجن حتى يلاغن.

مسألة: ومن ذلك إذا ادعت المرأة على زوجها أنه طلقها فأنكر، فأقامت شاهدًا فطولب باليمين فامتنع أن يحلف، فروى عن مالك: أنه يسجن فإن طال ترك والسطول فى ذلك ستة وقتل: يسجن أبدًا حتى بجلف.

فرع: ومن ذلك عقوق الأبوين، فإنه امتناع من التصرف الواجب الذى لا يقبل النيابة، وقد تقدم مسألة من اشتكى بعقوق ولده فحبس؛ ذكر هنا ابن سهل فى «الأحكام».

السابع: حبس من أقر بمجهول وقد تقدم تمثيلة.

فرع: ومن ذلك لو قال: له فى هذا الدار حق وهى بيده، جبر على تفسيره ويحلف عليه إن أدعى الطالب أكثر فإن أبى سجن، فلو فسره بجذع وباب مركب، فقال سجنون: بصدق، ثم رجع فقال: لا يصدق، ولو قال: هو هذا البناء فى الدار ففى تصديقه قولان: ولو قال: هو هذا الثواب أو هذا الطعام، فرجع سحنون إلى أنه لا يصدق، ولو فسره بسكنى شهرًا أو قال له فى هذا البستان حق ففسره بثمرة نخلة، أو له فى هذه الأرض ففسر بأنه زرعها له سنة، لم يصدق فى قول سحنون الأخير فى الجميع.

وأما لو قال: حق من هذه الدار أو من هذا الثوب، ومسائل هذا الباب مذكورة فى «باب الإقرار».

الثامن: حبس الممتنع من حق الله تعالى الذى لا تدخله النيابة كالصيام والصلاة، ومن ذلك المرتد يحبس فى أيام استتابته، وأى موضع حبس فيه مع الناس أو وحده أجزأ ويستوثق منه كرها، قال ابن راشد: ومن ذلك امتنع من أداء الزكاة فإنها تؤخذ منه كرها، قال ابن راشد إذا ظهر على مانعى الزكاة أخذوا بزكاة ما يظهر لهم من مال، وأما ما يخفى فإن علم الإمام به وعلم أن صاحبه ممن لا

يؤدى الزكاة أخذها منه، وإن أظهر الفقر واطلع منه على خلاف ذلك ولم يعلم مقدار الواجب عليه، أو لم يوجد ماله عاقبه أو حبسه حتى يؤدى ما عليه من ذلك، فإن أشكل أمره لم يؤخذ منه شيء؛ حكاه ابن بشير، وفى تحليفه قولان وهما على الخلاف فى أيمان التهم.

التاسع: حبس المتداعى فيه وذلك إذا ادعى رجلان نكاح امرأة فإنها توقف على النكاح، ويضرب للمتداعيين أجل حتى يتبين وجه الحق فى ذلك، وتكون المرأة عند امرأة صالحة إن أمكن وإلا فالحبس؛ انظر بسطها فى «أحكام ابن سهل» فى «كتاب النكاح».

وفى الجزء الثانى من «ابن سهل» فى رجلين تداعيا مملوكا وتعلقا به كل يدعى بأنه مملوكه، فالذى يجب أن يوقف فى الحبس أو عند من يوثق به حتى يثبته أحدهما.

العاشر: من يحبس اختيارا لما نسب إليه من الفساد.

فصل: وأما قدر مدة الحبس فيختلف باختلاف أسبابه وموجباته، فحبس التعزير راجع إلى اجتهاد الحاكم بقدر ما يرى أنه ينزجر به وفى «مختصر الأحكام السلطانية»: والحبس فى التعزير قد يكون يوما، ومنهم من يحبس أكثر بلا تقدير، وقال أبو عبدالله الزبيرى من الشافعية: يتقدر بشهر للاستبراء والكشف، وبستة أشهر للتأديب والتقويم، ومن دونهم بالنفى والإبعاد إذا تعددت ذنوبهم إلى اجتذاب غيرهم لها، ولا تبلغ بنفيهم حولا حذرا من مساواة تغريب الزانى، فيعتبر كونه أنقص ولو بيوم.

ومقتضى مذهبنا أنه موكول إلى اجتهاد الحاكم، وحبس المدعى للمتهم بالقتل وبالضرب المخوف منه الموت أو الجراح المخوفة، فإنه يحبس شهرا ونحوه، فإن قويت التهمة بسبب أو لطخ زيد فى حبسه، وإن لم تقم عليه بينة وتمادى على حالة واحدة أطلق بعد الشهر، وحبس القاتل عمدا إذا عفى عنه عن الدية سنة، وكذلك لو قتل عبدا مسلما عمدا، وأدى قيمة ضرب مائة وحبس سنة، وحبس القاتل خطأ فيه قولان، وفى «المتيطية»: ويحبسه قال سحنون: وسببه التهمة فقد

يكون تعمد ذلك، لأنه قيل لسحنون: حديث معاذ لم يذكر فيه سجن، فمن أين أخذ السجن؟ قال معاذ -رحمه الله: لم يتهم.

وذكر هذا عن سحنون أيضا ابن أبى زمنين فى «المقرَّب»، وحبس من ادعى عليه بحد من الحدود وقام عليه شاهد واحد مقدار ما يرى الحاكم فى ذلك من تأجيل المدعى لتكميل النصاب.

وكذلك إن قام عليه شاهدان وبقى النظر فى عدالتهما، فإنه يحبس بقدر ما يجتهد الحاكم للمدعى فى تأجيله، وحبس السارق قدر ما يشكف عن البينة، وكذلك حبس المتهمين بالجنايات بقدر ما يكشف عن حالهم، وبقدر ما نسب إليهم من الجرأة والشر واستحلال مالا يجوز، وحبس الزوج إذا قام عليه شاهد واحد بطلاق زوجته وامتنع من اليمين وحبس المديان تقدم تقدير مدتهما.

*****

الفصل الثانى عشر
فى التضمين

ومن السياسة الشرعية: القضاء بتضمين الصناع وشبههم، والصناع ضامنون لما استصنعوا فيه إذا نصبوا أنفسهم لذلك، سواء عملوا ذلك بأجر أو بغير أجر، إذا عملوا فى حوانيتهم أو دورهم، هذا إن عملوا ذلك فى غيبة رب المتاع، واختلف إذا عملوا مع حضوره.

فرع: ومن أعطى الصانع أو صاحب رحى شيئا، وقال: لا تعمله حتى أحضر، فتلف فالضمان على الصانع وإن لم تقم له بتلفه بينة.

فرع: ولا ضمان على من لم ينصب نفسه من الصناع.

مسألة: وإذا اشترط الصناع أن لا ضمان عليه لم ينفعه شرطه عند ابن القاسم.

مسألة: إذا قامت البينة على ضياع الثوب بعد كمال العمل فيه، سقط الضمان عن الصانع ولا أجرة؛ له، قاله ابن القاسم.

مسألة: ولا ينفع الصانع إذا احترق حانوته أو سوقه أو سرق منزله دعواه، أن الشيء المصنوع كان فيه إلا أن يقوم له بينة على ذلك؛ قاله ابن القاسم فى «المدونة» ووقع لابن أيمن غير هذا وإذا رد الصانع الثوب وفيه قرض فأر فإن كان يسيراً ضمنه إلا أن تقطع البينة أنه قرض فأر وأنه لم يفرط، وقال ابن حبيب: إذا ثبت أنه قرض سقط عنه الضمان.

مسألة: وإذا دعا الصانع رب الثوب إلى أخذه وأخبره أنه قد كمل، فلا يسقط عنه ذلك ضمانه إلا أن يحضر لربه كان العمل فى بيته أو فى حانوته.

فرع: وفى «مختصر الواضحة»: ولو دفع الرجل للصانع أجرته وقام الصانع ليخرج إليه ثوبه فقال له ربه، دعه الساعة، ثم ادعى الصانع تلفه بعد ذلك، فقال أصبغ بن خليل: لا ضمان عليه ووجهه أنه لما قال له دعه فكأنه صدّقه أنه فى الحانوت وتركه عنده وديعة.

مسألة: وفى «المذهب» إذا أفسد الخياط القميص فى قطعه فسادًا يسيرًا، فعليه قيمة ما أفسد، قال ابن المواز: بعد رفو الثوب. قال مالك: ولو كان فسادًا كثيرًا ضمن قيمته كله يوم القبض.

فرع: ولو جعل وجوه الثوب الداخلة: قال سحنون: عليه فتقه فإن كان ينقصه ذلك خير ربه فى تضمينه قيمته وفى فتقه وخياطته.

مسألة: وإذا سألت خياط قياس ثوب فزعم أنه يكفيك فاتبعه بقوله: فلم يكفك لزمك ولا شىء على الخائط.. قال ابن القاسم: وكذلك الصرفى يقول فى الدراهم جياد فتوجد رديئة فلا ضمان عليه ويعاقب هو والخياط إن غرًّا، واختلف قول مالك إذا غرَّه بجهله فقال مرة: لا يضمن ولا أجر له، وقال مرة أو يضمن يريد وله الأجر.

مسألة: وإذا جفف القصار ثوبًا على حبل مربوط فى الطريق فمر به حطاب فحرقه ضمنه ولا شىء على القصار، وقال ابن نافع إن علقه بمكان لم يكن يعلق فيه وهو معروف بمرور الحطب ضمن.

مسألة: قال ابن راشد: كلما كان ضياعه عند الصانع ببينة أو احتراق بمعاينة البينة بغير سببه لم يضمنه. قال فى «المدونة»، وقال فى «الموازية»: إن سرق بيته وقال: ذهب المتاع فيما ذهب لم يصدق، وكذلك لو احترق بيته من غير سببٍ أو يأخذه سيل أو ينهدم عليه البيت فهذا وشبهه يسقط عنه الضمان.

مسألة: وما لا صنعة فيه للصانع وهو مما لا يستغنى عنه كالكتاب للنسخ منه، ومثال الذى يعمل عليه، وجفن السيف الذى يصاغ على نصله، إذا كان لو سلم إليه بغير جفن فسد، ومثل ظرف القمح وقصعة العجين ففى تضمين الصانع له قولان لمحمد وسحنون.

مسألة: وإذا دفع القصار الثوب إلى قصار آخر ثم هرب وقد قبض أجرته ببينة فلربه أخذه بلا غرم ويتبع الثانى الأول بحقه. قال ابن ميسر: فإن لم تقم له بينة حلف الثانى ما قبض وأخذ الأقل من أحرقه وإجارة الأول.

مسألة: قال ابن القاسم فى «الواضحة»: إذا أفسد الحائك الثوب وكان الغزل

يوجد مثله وينسجه ثانية بالأجرة الأولى، وإن لم يوجد مثله ينسج فعليه قيمته وانفسخت الإجارة، وقال أصبغ: يأخذ قيمته ويأتيه بمثله فيعمله له ولا تنفسخ الإجارة.

فرع: وفى «معين الحكام»: ولا يضمن الفران ومبيض الغزل ما احترق عندهما؛ قاله مالك، زاد ابن حبيب: بعد أن يأتى به محروقا يعرف ما لم يتعدّ أو يفرط وأما ما سرق منهما فيضمناه.

فرع: واختلف فيما يضمن الطحان إذا ادعى ضياع القمح، فقال ابن القاسم: دقيقا على ما عرف من الرفيع، وقال مالك وابن المواز: قمحا؛ يريد إن لم يطحنه بعد ذلك.

فرع: إذا أمر رب الثوب القصار أن يدفعه بعد كمال عمله للكماد فادعى ذلك وأكذبه الكماد أو ادعى الكماد الضياع، فقال أصبغ: لا يقبل قول القصار، وقال ابن الماجشون: القول قوله.

فرع: إذا كان حارس الثياب يأخذ على ذلك جعلاً يعلم ممن يدخل الحمام فقول مالك أنه لا ضمان عليه، قال ابن لبابة: وما سواه خطأ، وقال ابن حبيب: إنه ضامن كالراعى المشترك.

تنبيه: قال ابن عبدالبر: حمل بعض المتأخرين قول مالك أن أصحاب الحمامات ضامنون ثياب الناس إلا أن يأتوا بمن يحرسها، إنما ذلك إذا أهملوها ولم يجعلوا من يحرسها، إذ لا يقطع من سرقها إلا أن يحتال على سرقتها من خارج الحمام من لم يدخله، فإن أتى بمن يحرسها سقط عنه الضمان.

مسألة: وفى «العتبية» لابن القاسم عن مالك: قد أمرت صاحب السوق أن يضمن صاحب الحمام ثياب الناس، وفى موضع آخر من «العتبية» لا ضمان عليه، قال بعض المتأخرين: أمر الحفظ على وجهين: وجه له تعلق بالعمل كالحمام فإنه يضمن ما تسرع الأيدى إليه، وكصاحب الحمام وهو المالك لأمره، والمستعمل له يضمن ما جرت العادة بخياطته له وهى ثياب الناس، ومغيبه عنها إلى داخل الحمام يوجب تضمينه، وأما الحافظ الذى لا تعلق له بالعمل فمشهور المذهب لا ضمان عليه فى النوم والغفلة إلا فى التعدى.

مسألة: وفى «الطرر» وفى «المذهب»: قال محمد فى حارس استؤجر على حراسة بيت فنام فسرق لم يضمن، وكذلك حارس النخل وله أجره كاملا، وكذلك جميع الحراس وإن غاب عليه، إلا أن تظهر منه الخيانة فيقوى الحكم فيه ويضمن ما هلك، وفى «الطرر» لأبى إبراهيم: ولا يضمن جميع الحراس إلا بتعد كان ما يحرسونه مما يغاب عليه أو لا طعاما أو غيره، قال: وكذلك حارس الأندر لا ضمان عليه، إلا أن يلجئ قوما ضرورة إلا من يخاف على الطعام منه فيستأجروه لشىء، أو ليدفع شر قوم آخرين فيضمن، أو تعلم منه الخيانة فيضمن؛ وقاله اللخمى فى «التبصرة».

فصل

فى الصناعات التى لا يضمن صناعها ما أتى على أيديهم فيها

وفى «مختصر الواضحة» قال عبدالملك: ومن الصناعات التى لا يضمن صانعها ما أتى على يديه، مثل: سيف يكون فيه عوج فيعطى مالكه الصقيل ليقومه أو ليصقله فيكس يقبها الثقاب فتنكسر، أو الفص ينقشه النقاش فينكسر، أو الدابة فيصنعها البيطار فتنكسر، أو الخبز يدخله الفران الفرن فيحترق، ولم يعنف فى إيقاد النار ولم يفرط، وكذلك القوس ينقبها النجار، أو الثوب يحميه الصباغ على النار بصبغة فيحترق فى قدره، أو الختان يختن الصبى فيموت من ختانه، أو الطبيب يسقى المريض من سقيه، أو يكويه فيموت من كيه، أو يقطع منه شيئا فيموت من قطعه، أو الحجام يقلع الضرس فيموت المقلوع ضرسه، فلا ضمان على واحد من جميع هؤلاء فى جميع هذا لأن هذا مما فيه التغرير على ذلك الشىء المستعمل، وكان صاحبه هو الذى عرضه لما أصابه، إلا أن يكون أحدهم عرض نفسه بجهله بما استعمل فيه، وتعدى أو أخذ ذلك من غير مأخذه فيضمن.

قال عبدالملك: أو يكون الخاتن أخطأت يده بقطع ما لا يقطع بأن يقطع من الحشفة شيئا، فإن مات المختون من ذلك فديته على عاقلة الخاتن، وإن عاش نظر، فإن كان قطعها كلها ففيها الدية كاملة على العاقلة لأنه يعد خطأ من الخاتن، وإن كان أقل من ذلك فبحسابه، وما كان أقل من الثلث ففى ماله، وذلك إذا كان معروفا بالختن والإصابة فيه حتى أتى على يده بغير تعمد أو تجاوزت يده بغير تعمد

ما به أمر، قال: وإن كـان الخاتن غير معروف بالختن والإصابة فيـه، وعرض نفسه فهو ضامن لجميع ما وصفنا فى مـاله، ولا تحمل العاقلة من ذلك شيئا، وعليه من الإمام العـدل العقـوبة الموجعـة بضرب ظهـره وإطالة سجنـه، والطبيب والحـجام والبيطار فيما أتى على أيديهم بسبيل ما وصفنا فى الخائن.

فصل: فيما لا يضمنه الصناع مما تبين أنه من غير فعلهم.

مسألة: وفى «مختصـر الواضحة» وما أصاب الثياب عند القـصار أو الصباغ أو الخياط من قـرض الفأر أو لحس السوس، فعرف ذلك وبين للناظر إليـه فلا ضمان عليهم فيـه، وإن ادعى صاحب الثياب أن الصانع أضاع الثـوب وفرط حتى أصاب ذلك، وزعم الصناع أنهم لم يفـرطوا ولم يضيعوا فـالقول قولهم وعلى أصـحاب الثياب البينة أنهم ضيعوا، لأن قرض الفأر ولحس السوس أمر غالب ولا يلزم أحدا دعوى التـعدى إلا ببـينة تشهـد عليه. قـال فضل بن القـاسم: يقول القـول قول أصحـاب الثياب، وإن أشكل أنه قـرض فأر فالصـانع ضامن حتى تقـوم البينة أنه قـرض فأر أو لحس سـوس، وكله قول مـالك وتقـدم مسـألة الحطب يقطع ثوب الصباغ.

فرع: وإذا أتى الرجل الخياط بثـوب ملفوف فى منديل ليخيطه، فـادعى ضياع الثوب والمنديل فإنه يضمن الثـوب ولا يضمن المنديل، لأن المنديل إنما أتى به وقاية لثوبه فهو كـالمستودع عنده، وروى أشهب عن مالك: أن الثوب إذا كـان رفيعاً لا يستغنى عن المنديل فإنه يضمنه.

فصل

فى السماسرة والوكلاء والمأمورين

وفى «التهذيب» فى آخر «كتاب الرد بالـعيب» قال مالك: وما باع الطوافون فى المزايدة مثل الـنخاسين ومن يعلم أنه يـتبع الناس فلا عـهدة عليـهم فى عيب ولا استحـقاق والتباعة على ربهـا إن وجد وإلا اتبع وكذا يبيعـون فى الحوانيت للناس بالجعل، والذى يستأجره على الصياح، والذى يبيع فى الميراث ممن يزيد، فما وجد من ذلك مسـروقًا وبه عـيب فلا ضمـان عليهم وفى رواية فى «المدونة» مـا نصه:

قال: والذى يبيع فى السوق الثياب للناس مثل الصياحة وهؤلاء النساء اللاتى يبعن على الدور ما دفع إليهم من الثياب والحلى والجوهر، مثل نساء مصر اللاتى تدفع إليها الأموال، فيبعن على الدور وفى الأسواق فيستحق عليهن ما بعن على من ترى أن يرجعوا بالأثمان التى دفعوا؟ قال: على أرباب المتاع، فقلت لمالك: فإذا ادعوا تلف ما وقع إليهم، أى القيمة تضمنهم، قيمة المتاع يوم قبضوه، أو قيمته يوم تلف؟ قال: بل قيمته يوم قبض المتاع وبهذه الرواية قال سحنون: قال القاضى عياض وهذا لا يعرف من مذهب مالك وأصحابه؛ أعنى تضمين هؤلاء إلا ما وقع لأصبغ فى الثمانية، أن العهدة فى رد العيب والدرك على متولى البيع إلا أن يشرط عند البيع اشتراطًا بينًا أنه لا عهدة، ولا تباعة، ولكن على ربها وتعاملا على ذلك، فحينئذ تسقط عنه العهدة، فكأنهم عند أصبغ على هذه الرواية كالصناع لما نصبوا أنفسهم لذلك بمصلحة الكافة فى ذلك.

قال: والمعروف من قول مالك وأصحابه فى السماسرة والمأمورين والوكلاء أنهم لا يضمنون لأنهم أمناء وليسوا بصناع، كانوا بحوانيت أو لا، كذا جاء فى أمهاتنا وأجوبة شيوخنا. قال فى «المدونة» فى كتاب «الجعل» فى باب «جعل السماسرة» فى الرجل يجعل للبزاز المال يشترى له بزًا، ويجعل له فى كل مائة يشترى بها ثلاثة دنانير لا بأس بذلك.

قال: فإن ضاع المال فلا شىء عليه، وفى «كتاب الرواحل» وكل شىء دفعته إلى أحد من الناس وأعطيته على ذلك أجرًا فهو فيه مؤتمن إلا الصناع الذين يعملون فى الأسواق.

فرع: وقال فى «العتبة»: فى الذى يستأجر على شراء متاع فزعم أن الثمن ضاع يحلف، قال بعضهم: ويدل أنه لا ضمان عليه إسقاط مالك وابن القاسم الضمان من المستأجر للتجر فى المال فى اكتساب الجعل والإجارة.

فرع: وقال ابن القاسم فى الرجل يبعثه الرجل يطلب له ثيابًا فيضيع منها ثوب: أن ضمانه على الآمر إذا اعترف بإرساله أو ثبت عليه ويحلف للسمسار ما فرط ولا خان ورأيت له أيضًا فى جواب آخر مثله، إذا كان معروفًا بالسمسرة فهو أمين

لهمـا، قال: فـإن ادعى تلف ذلك قبل أن يـوصله إلى الآمر صـدق، وكذلك إن قال: أوصلت ولم يختـره فأخذه فذهب المتاع فى رده فهـو مصدق، وإن قال تلف عند الآمر فالآمر ضامن إن أقر له، وإلا فالسمسار ضامن.

مسألة: وقال أبو محمد فى الرجل يدفع إلى الصـراف الدنانير والحلى ليصرفها له، أو الرقيق أو الدواب للنخـاس بأجر أو بغيـر أجر، فيقـولون: ذهب أو سقط منا، أو بعنا وسقط الثمن، أو بعنا من هذا الرجل وهو يجـحد، فهم ضامنون إلا أن يقيمـوا البينة بالبيع وقـبض السلعة، إلا أن يكون هؤلاء الوكلاء من السـماسرة والطوافين الذين عـادتهم أن لا يشهدوا على ذلك، فالقول قـولهم مع إيمانهم ولا ضمان عليهم، وقال أبو عمران بن المنتاب فى دعوى السمسار، أنه دفع الثوب إلى صاحـبه وقد طلبه ليـعرضه ورب الثوب مـنكر، أنه لا ضمان على السمـسار ولا شىء فى دعوى ضياعه ولا فيما حدث فيه فى يديه من عيب ويحلف، إن اتهم إلا أن يأخذه ببينة فـلا يبرأ إلا بها، قال: وكذلك الذى يقعـد على بيع الثياب للناس فى السوق.

مسألة: لو وضع المنادى الثوب عند التاجر ليشاور صاحبه فضاع ضمن قيمته ما لم تقم بينة، ولو أنكر التاجر ضمنه السمسار إذا لم يشهد، وفى «الطرر»: إن ألقى الدلال الثوب عـند رجل فجحـده إياه لم يضمن وإن لم يشـهد عليـه، لأن عرف الناس جرى بغير الإشهاد بذلك، فصار كالشرط، وهو خلاف ما تقدم.

فرع: وكذلك يضمّن إذا نسى من أقره عنده ولـو ضاع الثوب منه قبل النداء لم يضمنه ما لم يفرط.

فرع: ولو أخذ السمسـار الثمن من التاجر ليدفعه للبـائع إن رضى بالبيع فضاع ضمنه إذا لم يؤمر بالبيع بعد، وكذلك إذا سأله السمسار ذلك، فإن دفعه له للتاجر وقـال له: خذه، فـإن باع فـادفعـه له لم يضـمنه لأنه أمينـه؛ قاله الإبيـانى؛ من «المذهب» لابن راشد.

مسألة: وإذا اشترى السمسار سلعة فاستحقت من يد المشترى أو ظهر بها عيب فلا عـهدة على السـمسار والتـباعة علـى ربها فإن لم يعـرف كانت مصـيبـته من

المشترى، قال ابن أبى زمنين: فإذا سئل السمسار عن رب السلعة فقال: لا أعرفه حلف أنه ما يعرفه كذا رأيت لكثير من أشياخنا، قال: وينبغى على أصولهم، إن نكل عن اليمين واسترابه السلطان أن يعاقبه بالسجن على ما يراه؛ من «المتيطية».

فصل

فى الأجراء والأكرياء

وفى «المذهب»: لو استأجرت رجلا يخدمك فى بيتك شهرا فكسر آنية من أوانى البيت أو قدرا، أو استأجرته أن يخيط لك ثوبا فأفسده أو تلف، لم يضمن إلا أن يتعدى لأنك لم تسلم إليهّ شيئا بعينه يغيب عليه ولا أئتمنه عليه.

فرع: وكذلك أجير الخدمة، لا يضمن ما أفسد من طحن أو وطىء عليه فكسره من قصاع.

فصل

فى ضمان الراعى

وفى «مختصر الواضحة» قال عبدالملك: وقد اختلف أهل العلم فى تأويل الراعى الذى أسقط رسول الله ﷺ الضمان منه، فأما مالك وأصحابه فهو عندهم فى كل راعٍ كان مشتركًا أو غير مشترك لا ضمان عليه إلا أن يتعدى أو يفرط، وأما سعيد بن المسيب والحسن البصرى ومكحول والأوزاعى فقالوا: إنما الراعى الذى لا يضمن إلا أن يفرط أو يتعدى إذا كان لرجل خاص، فأما إذا كان مشتركا فهو ضامن حتى يأتى بالمخرج، قال عبدالملك بن حبيب: والأخذ بهذا القول أحب إلى، لأنه صار كالصانع الذى اجتمع من علمت من أهل العلم على تضمينه إلا كان أجيرا مشتركا، قال: وكذلك راعى الدواب الذى تجمع إليه لحراستها فى رعيتها، على أن له فى كل دابة شيئا معلومًا فى كل يوم، وهو فى قول سعيد بن المسيب والحسن،ومكحول والأوزاعى ضامن لأنه راعٍ مشترك، فى قول مالك لا ضمان عليه. فرع: ومن قول مالك -رحمه الله- فى الراعى ينام نهارًا فضيع الغنم فى نومه، أو يصبها السبع أو السارق، أنه لا ضمان عليه إلا أن يكون بموضع

مخوف، ولم يزل من شـأن الرعاء النوم نهارًا فى أيام النوم، إلا أن يأتى من ذلك بما يستنكر مما يجر إلى الضيعة البينة فيضمن.

فرع: ويضمن ما هلك برعيها فى موضع مخوف من «المتيطية».

فرع: ومن قول مالك أيضًا فى الراعى يأتى بالشـاة مذبوحة ويزعم أنها وقعت للموت فذبـحها، أن القول فى ذلك قولـه لأنه مؤتمن عليها، قـال عبدالملك: ولا بأس أن تؤكل وإن كان الراعى نصرانيًـا إن كان مأمونًا معروفًـا بأنه لا يأكل الميتة، وإن استريب لم تؤكل.

فصل: وفى قول مالك أن الراعى مصدق فيما زعم أنه مات من الغنم أو غاب أو سرق أو عـدا عليه السبع، وأن شـأن الرعاء فى رعـيتهم على غـير التضـجيع والتفريط حتى يظهر ذلك عليهم.

فرع: قال سـحنون: وغير ابن القاسم يـقول: هو ضامن لما انتحـر، وقال ابن القاسم: وإن قـال ذبحتهـا لما خفت عليهـا الموت، ثم سرقت منى مذبوحـة، فإنه مصدق، وقال غيره: يضمن بالذبح.

فرع: وفى «التهـذيب» وكل شىء صنعه الراعى مما لا يجـوز له فعله فـأصاب الغنم من فعله عيب فـهو ضامن، وإن صنع ما يجوز له أن يفعله فـلا ضمان عليه قال أبو إبراهيم فـى «الطرر»: يريد بقوله: لا يجوز له هـو أن يرى الشاة نفسـها، ويختلف إذا رمى قدامـها أو جانبهـا لترجع إلى موضع، فوقعت عـليها لأنه خطأ فيما أذن له، ولو كانت هى التى تقرب من ناحية الرمية فوقعت عليها لم يضمن؛ من «التـبصرة» ونقـلها ابن يونس فى «كـتاب الجـعل» وفى «كتـاب ابن وضاح»: للراعى أن يرمى الغنم، وللكرى كبح الدابة، والكبح هو جذبها باللجام.

فرع: وفى «المتيطيـة»: إذا رمى شاة كـما يرمى الراعى الغنم، فـفقأ عـينها أو كسرها ضمن ما نقص منها، وما أبطلها ضمنها تعمد أو لم يتعمد، وإن ندب من رميته خوفًا من الرمية فوقعت فى مهواة فلا شىء عليه.

فرع: ويضمن إن رمى صيدًا فأصاب شاة.

مسألة: وسئل سحنون عن الراعى يرعى للجزارين لهذا شاة ولهذا شاتان: فهربت من الغنم شاة فطلبها قليلا ثم رجع إلى الغنم هل هذا تفريط؟ قال: لا ولا ضمان عليه؛ من «المذهب».

فرع: قال اللخمى: وعند مالك: إذا شرط على الراعى أن يأتى بسمة ما مات وإلا كان ضامنا فالشرط باطل. فإن عمل فله الأكثر من المسمى أو إجارة المثل، وفيها قول أن الشرط جائز ويضمن إذا لم يأت باسمه، كما إذا قال المستأجر: انكسرت الجفنة ولم يأت بقلتها.

فصل

الأكرياء على حمل الطعام وغيره

وضمن مالك -رحمه الله- أكرياء الطعام والشراب مع عدم البينة، سواء حملوه على سفينة أو دابة أو على ظهر رجل، ولا ينتفعون بشرط نفى الضمان، ويستوى فى ذلك المقتات وغيره، وخصه ابن حبيب بما يقتات دون ما ينقله، فلم يضمنهم فى الترمس والمرى والرب والشراب الحلال، واللبن والجبن والزبد والحالوم والأقط واللحم والبيض والأبزاز، وكذلك لا يضمنون شيئًا من خضر الثمار كانت مما ييبس أو مما لا ييبس لأنه تفكه، ولا يضمنون من يابسها إلا التمر والزبيب والزيتون، وضمنهم القمح والشعير والرقيق والعسل والسلت والدخن والذرة والكرسنة والحمص والفول والعدس واللوبيا والجلبان والزيت والعسل والسمن والخل، قال ابن حبيب: وليس الأرز من ذلك لأنه عندى تفكه، ولا يضمون الجوز واللوز ونحوه ولا الحيتان، انظر تمام ذلك فى «مختصر الواضحة» لابن حبيب.

فصل: وأما من استؤجر على حمل متاع فسقط منه، أو انكسر فلا ضمان عليه ولا أجزة له ولو سقط من يده شىء عليه فكسره غرم قيمته، وإن ادعى المكرى أن المتاع هلك أو سرق أو عثرت الدابة فانكسرت الجرار وذهب الدهن صدق إلا أن يغر بفعله مثل أن يربطها بحبل رث، أو يمشى بها فى موضع تعثر الدابة فيه فيضمن، فإن غر بقوله ففى ضمانه قولان، مثل أن يكون المكترى هو الذى تولى الربط، وقال له المكرى: اربط بهذا الحبل أو سر فى هذا الطريق فهو غرور بالقول، وإن أخرق فى سوق دابته حتى زاحمت أو عرف أن دابته ربوض فهو ضامن وإلا فلا.

فصل

فى ضمان الفران

قال ابن حبيب: والفران فى ضمان مـا سرق من الخبز والغزل وكل ما استنزلوه بمنزلة الصناع، إلا أنه لا يضمن مـا احترق من الخبز والغـزل، إذا بقى منه ما يدل أنه خبزه أو غزله لأن احـتراقه ليس من سببه، وإنما هو من غلبة النار فـهو كما لو شهد له على سرقـته لم يكن عليه ضمانه، قال: وإذا كان احتـراق الخبز أو الغزل بتضييع منه أو عنف كان منه فى إيقاد النار للفرن فهو ضامن.

فرع: ولا يضمن ما سرق من الصحاف، لأنها ليست مما استعمل عليه، وذلك إذا ضاعت بعد مـزايلة الأقراص لها وإدخالهـا الفرن فأما إذا ضاعت بما فـيها من الأقراص فهـو لها ولما فيها ضامن لأنه لا يسـتغنى عنها فى حمل الأقراص فـيها، وليست كالمنديل الذى يأتى الرجل فيه بالثوب إلى الخياط فيستعمله، فيدعى الخياط أنه تلف وما هو ملفـوف فى المنديل فإنه ضامن للثوب، ولا ضمـان عليه للمنديل لأنه ليس مما استعـمل عليه، سواء ضاع بالثوب وهو ملفوف فـيه أو ضاع بعد أن خرج عنه الثـوب، لأن الثوب وإن كـان ملفوفا فـيه فليس بمضطر إليـه كاضطرار الأقراص إلى الصحاف، وإنما أتى به صاحبه وقـاية لثوبه فهو كالمستودع عنده، إلا أن يكون الفـران يؤتى بالعجـين فى الصـحاف ليكون هو الذى يقـرصه، فـيكون ضمان الصحاف عليه كيفما ضاعت بالعجين أو بغير العجين.

فرع: وكذلك إذا أخـرج الفران الناس عن فرنه لـكثرتهم وازدحامـهم، ضمن كيفمـا ضاعت بالأقراص أو بعد مزايلة الأقراص عنهـا، وضمن الأقراص أيضا إن ضاعت على كل حال، قال فضل بن سلمة: قوله «وكذلك الفران إذا أخرج الناس عن فرنه لكثرتهم وازدحـامهم، فتضمـينه الصحاف كيفـما ضاعت» دليل على أن المسألة التى ضمن الصحفة فيها، وخالف بها مسألة المنديل معناها على أنه دفع إليه الصحفة بالخبز على أنه يفرنه فهمنا يضمنه الصحاف كيفما ضاعت، لأنه لا غنى للخبز عن الصحفة.

فرع: ولو أتى بخبزه فى الصحفة ووضـعه فى الفرن ولم يعلمه ولاتبرأ منه إلى الفران فتلف الخبز فلا ضمان على الفران.

فصل: وكذلك الطحان إن عـاملوه على الطحين وأسلم الطعام إليه فى أوعـيته ليطحنه هو دون صاحبه، أو كـان ذلك سنتهم فهو ضامن للأوعية كيـفما ضاعت بالطعام، أو دون الطعـام، وضامن للطعام أيضا إن ضـاع، وإن كان أهله هم يلون طحنه معه فلا ضـمان عليه للأوعية ولا للطعام، لأن أهله مـعه ولا يسلموه إليه، إلا أن يكون هو أخـرج الناس عن الرحى لكـثرتهم وازدحـامـهم فـيكون ضـامنا للأوعية وما فيها.

فصل: وإذا أخطأ الصباغ فصبغ الثوب غير الصبغ الذى سمى له صاحبه، وأقر بذلك الصباغ فـصاحب الثوب مخيـر إن شاء أعطاه قيمـة الصبغ وأخذ ثوبه، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه يوم دفـعه إليه، وإن أبى فلا شىء له لأنه قد أمكن من إحراز صبغة الذى أخطأ به، قال ابن حبـيب: وكذلك سمعت أهل العلم يقولون؛ وقاله ابن القاسم أيضـا، وفى «طرر التهذيب»: وهذا مع الإقرار، وأما لـو أنكر الصباغ فهو مصدق وكذا حكم الحائك.

فصل
فى ضمان الغسال

وفى «مختـصر الواضحة» قال ابن حـبيب: وإن أخطأ الصباغ أو الغـسال فدفع إلى هذا ثوب هذا، وإلى هذا ثوب هذا فلبـساهمـا جاهلين بهمـا فكأنما لبس كل واحد ثوبه، فيقـول: نقصان كل ثوب لو لبسه صاحبه هذا اللبس، ثم يـتحاسبان فيكون على الغسال فضل ما بين ذلك.

فرع: وإذا لبساهما عالمين متعمـدين فذلك على كل واحد منهما لصاحبه إلا إن كان الذى عليه الفصل منهما لصاحبه معدمًا بالفضل فيكون ذلك على الغسال لأنه أضاع وأخطأ ثم يرجع به الغسال إلى العالم ولا يرجع به على الجاهل.

فرع: وإن لبس أحدهما عالما والآخر جاهلاً فعلى هذا التفسير.

فرع: وأما تلف الثـوبين عندهما فإن كان بعـد العلم منهما فكل واحد مـنهما ضامن لثوب صـاحبه، ثم يتحاسبـان فيرجع ذو الفضل واحد منهـما بفضله على

صاحبه، إلا أن يكون معدمًا فيرجع به على الغسال كما فسرت لك، وإن كان ذلك على جهة الجهل فضمان الفضل على الغسال.

فرع: وإن تلف أحدهما وسلم الآخر، فعلى هذا التفسير إن كان بعد العلم فهو ضامن لجميع ما تلف عنده كان أكثر من ثوبه أو قل، وإن كان على جهل منه به فإن كان مثل ثمن ثوبه أو قل فهو عليه، وإن كان أكثر من ثمن ثوبه فعليه من ذلك مقدار ثمن ثوبه والفضل على الغسال قال: وهكذا أوضح ابن الماجشون فى هذا كله، وأعلمنى أنه قول مالك. ومذهبه وغيره من علمائهم بالمدينة.

قال فضل بن سلمة: روى أشهب أنه سأل مالكًا عن الغسال إذا أعطى الرجل غير ثوبه فلبسه، أيكون على اللابس فيه عزم؟ فقال: لا وذلك على الغاسل، قلت له: يلبس الثوب ثم يؤخذ ثوبه مسلما بلا غرم، فقال: إذا لبسه الأيام ثم رده ثم أخذ ثوبه فلا غرم عليه إلا أن يكون أبلاه.

وقال لنا يحيى: على اللبس أن يغرم ما نقصه لبسه إلا أن يكون لو لبس ثوبه كان أقل نقصًا فيغرمه ويكون الباقى على الغسال، وهذا إذا لم يعلم اللابس بأنه لبس ثوبه، روى ابن وهب عن مالك فى «موطئه»: فى الغسال يدفع إليه الثوب يخطىء ويعطيه رجلاً فيلبسه المعطى قال: لا يغرم اللابس شيئًا ويغرم الغسال فضل الثوب، وذلك إذا لبس الثوب على غير معرفة أنه ليس له فإن كان على معرفة ضمن.

فصل

فى ضمان القصار

وإذا أخطأ فرفع ثوبك بعد ما قصره إلى غيرك، فقطعه وخاطه ودفع إليك ثوبا غيره فإنك ترده، ثم لك تضمين القصار ثوبك مخيطًا بعد دفع أجر الخياط للذى خاطه، نقصه ذلك أم زاده ثم لا شىء لك على القصار، وليس لك ضمين القاطع ولا أن تأخذ منه الثوب مع ما نقصه القطع لأنه لم يتعد، ولا لك أخذ الثوب بغير غرم الخياطة؛ من «التهذيب».

فرع: فإن أبى يدفع أجرة الخياطة، قيل للذى خاطه ادفع له قيمه أبيض أو سلمه إليه مخيطًا، فإن أسلمه خير ربه أيضًا بين أن يأخذه أو يضمن القصار.

وقال سحنون: إن أبى يدفع الأجرة فليس له إلا تضمين القصار، ثم يقول القصار للذى خاطه ادفع إلي ما غرمت، فإن أبى قيل للقصار: ادفع إليه أجرة الخياطة، فإن أبيا كانا شريكين؛ من «طرر التهذيب» نسبه لعبد الحق فى «النكت».

فصل

فى ضمان من صنع شيئا فى الطريق

وفى «الموطأ» قال مالك - رحمه الله: الأمر المجمع عليه عندنا فى الذى يحفر البئر على الطريق، أو يربط الدابة أو يصنع أشباه هذا على طريق المسلمين فهو ضامن لما أصيب فى ذلك من جرح أو غيره، فما كان عقله من ذلك دون ثلث الدية فهو فى ماله خاصة، وما بلغ الثلث فصاعدًا فهو فى العاقلة، وما صنع من ذلك مما يجوز له أن يصنعه على طريق المسلمين فلا ضمان عليه ولا غرم.

فرع: قال الباجى: فإذا حفر فى الطريق بئرا لغير غرض مباح فإنه يضمن ما أصيب فيه، أو يحفر بئرا فى دار غيره بغير إذنه، فقد قال ابن القاسم وأشهب فى «المجموعة»: يضمن أو يحفر فى ملكه أو غير ملكه ليتلف به سارقًا، فقد روى ابن وهب عن مالك: يضمن السارق وغيره.

فرع: وأما من عمل ما يجوز له كبئر يحفرها للمطر أو مرحاض يحفره إلى جانب حائطه، قال أشهب: ما لم يضر البئر والمرحاض بالطريق، أو يحفر بئرا فى داره لا يقصد بها ضررا لأحد أو فى دار غيره بإذنه، أو يرش قناة تبريدًا أو تنظيفًا فيزلق به أحد فيهلك، أو يربط ملبًا فى داره للصيد أو فى غنمه للسباع، أو أوقف دابته فى الطريق لحاجة أو نزل عنها، فأوقفها فى الطريق بباب المسجد أو حمام أو باب أمير أو سوق أو ما أشبه ذلك، فلا يضمن ما نشأ عن ذلك فى هذه الوجوه.

فصل: ومن حدد قضيبا أو عيدانًا فجعلها ببابه لتدخل فى رجل من يريد الدخول فى حائطه من سارق أو غيره فإنه يضمن وكذلك من جعل على حائطه شركا يستضر به من يدخل، أو رش قناة يريد بذلك أن يزلق من يمر به من إنسان أو غيره، فهذا يضمن فى هذه الوجوه، وكذلك من جعل فى الطريق مربطًا لدابته يضر بالناس، فهو ضامن لما أصابت فيه لأنه متعد فى هذا كله، وكذلك من اتخذ

كلبا لداره ليعقر من دخلها، أو فى غنمه ليعدو على من أرادها فإنه يضمن، وكذلك من وضع سيفا بطريق أو غيره يريد قتل رجل، فقد قال ابن القاسم فى «المجموعة»: يقتل به، فإن عطب به غيره فالدية على عاقلة الجاعل، لأن الأول قصد إلى قتله بخلاف الثانى فإنه لم يرد قتله كمن رمى رجلا يريد قتله فأصابت الرمية غيره، فإن حكمه حكم الخطأ والدية على عاقلته.

فصل: ومن وضع ميزابا للمطر ونصبه على الشارع، ثم بعد مدة سقط ذلك الميزاب على رأس إنسان فقتله، أو على مال فأتلفه فلا ضمان على الذى نصبه لأنه فعل ما أذن له فيه.

فصل
فى الحائط المائل

قال ابن راشد: وإذا كان الجدار مائلاً من أصل البناء فعلى صاحبه الضمان، وإن كان بناه على الاستقامة ثم طرأ عليه الميل فأنذر صاحبه، وأشهد عليه بذلك وأمكنه تداركه ولم يفعل فعليه ضمان ما تلف، وإن لم ينذر ففى الضمان خلاف.

قال ابن القاسم: إن لم يشهد عليه لم يضمن وإن كان مخوفًا، وقال أشهب: إن بلغ إلى حاجة لا يجوز لصاحبه أن يتركه لشدة ميله فهو ضامن وإن لم يشهد عليه، والإشهاد لا يكون إلا من القاضى أو ممن له النظر فى ذلك، ولا ينفع إشهاد غير القاضى، أما نهى الناس وإشهادهم فليس بلازم إلا أن يكون ذلك فى بلد ليس به حاكم، فإن إشهاد الجيران والناس فى ذلك كاف، قال بعض القرويين: ينظر فإن كان رب الحائط مقرًا بغرره نفع الإشهاد دون حاكم، وإن كان منكرًا فلابد من التقدم إلى الحاكم.

فرع: ولو كانت الدار مرهونة أو مكتراة لم ينفع الإشهاد إلا على ربها، فإن كان غائبًا رفع أمرها إلى الحاكم، ولا ينفع الإشهاد على الساكن إذ ليس له هدمها.

فرع: وفى «تذكرة الحكام» للقاضى برهان الدين الأخنائى، إذا كانت الدار على الأنصباء فأعذر إليهم فانهدمت على شىء فعلى الجميع الضمان لا على الأنصباء،

قال: وقيل: يضمن فى الحئط المائل أشهد عليه أو لم يشهد، قال: وينبغى للحاكم إذا كان الحائط مخوفا أن لا يمهل أصحابه بل يلزمهم الحضور لهدمه، فإن لم يحضروا أمر بهدمه وأنفق على ذلك من نقضه.

فصل: ومن الأفعال الموجبة للضمان، إذا أوقد رجل نارًا لعمل يعمله فترامت النار حتى أحرقت زرع رجل فى أندره، فإن كان قد غر لقربه من الأندر فهو ضامن، والقرب فى ذلك غير محدود وإنما يرجع فيه إلى أهل المعرفة، وإن كان عمله للنار على بعد من الأندر فى موضع مأمون، فتحاملت النار أو حملها الريح حتى أحرقت ما فى الأندر فلا ضمان على الذى حملها، ومثلها النار تلقى فى الشعراء وهى الغابة من الشجر، وكذلك النار تلقى فى موضع الحصيدة.

فصل

فى الحجام والبيطار وشبههما

وإذا أذن الرجل لحجام يفصده أو يختن ولده أو البيطار فى دابة، فتولد من ذلك الفعل ذهاب نفس أو عضو أو تلف الدابة أو العبد فلا ضمان عليه لأجل الإذن، قال ابن راشد: وحكى القاضى أبو محمد روايةً بالضمان لأنه قتله خطأ، أما إذا كان جاهلا أو فعل غير ما أذن له فيه خطأ، أو يجاوز الحد فيما أذن له فيه أو قصر فيه عن المقدار المطلوب، ضمن ما تولد عن ذلك، قال ابن عبد السلام: وينفرد الجاهل بالأدب ولا يؤدب المخطئ، وهل يؤدب من لم يؤذن له؟ فيه نظر.

فرع: وإذن العبد للحجام أن يحجمه أو يختنه غير مفيد فى عدم الضمان، إن نشأ عن الحجامة أو الختان خطر، لأن رقبة العبد ملك لسيدة؛ قال ابن راشد، قال ابن عبد السلام: ما قاله فى الختان ظاهر، وأما الحجامة فالعرف مطرد بعدم استئذان السادات فيها، لا سيما إذا كان موجبها ظاهر.

فصل: وأما المعلم، فقال مالك فى معلم الصبيان فى الكتاب، أو معلم الصنعة إن ضرب صبيا ضربًا يعلم أنه من الأدب فمات لم يضمن، وإن ضربه تعديًا أو جاوز فى أدبه ضمن ما أصابه من ذلك، فلو ضربه ففقأ عينه أو كسر ضرسه فعليه العقل، وكذلك إن كان أصابه من ذلك شراك السوط أو عود الدرة.

فصل: وأما الزوج أو السيد يفقأ عين زوجته أو عبده فيقول السيد والزوج: إنما كنت أؤدب، وتقول المرأة أو العبد: إنما فعل ذلك عمدًا، فقيل: يحمل على الأدب، وقيل: على العمد، ورجع إلى أنه يحمل على الأدب، قال ابن رشد: والأظهر فى السيد أن يحمل على الخطأ، إلا أن يعلم أنه قصد المثلة به، فإن دعا العبد إلى البيع أجيب إلى ذلك، وأما الزوج فالذى أراه أن يجعل ذلك شبه العمد وتكون الدية فيه على الجانى، فإن طلبت المرأة أن تطلق منه وزعمت أنها تخافه على نفسها طلقت عليه طلقة بائنة.

فصل: ومن فتح قفصا فيه طائر بغير إذن صاحبه فطار ضمن.

فرع: والسجان يطلق الغريم بغير إذن صاحبه يضمن، وكذا الرسول يطلق الغريم بغير إذن غريمه يضمن، وكذا من أخفى مديانا عن طالبه وهو يعلم بما عليه ثم أطلقه فذهب ولم يوجد لزمه غرم الدين الذى يطلب منه، وكذا من وجد آبقًا فأخذه ثم أطلقه ضمن، وكذا من حل دابة من مربطها أو عبدًا من قيد فهرب ضمن، وكذا من دفع إليه دابة ليدخلها فى بيت يغلق عليها أو طير يجعله فى قفص، فقال: فعلت وأغلقت عليها، ولم يكن أغلق عليهما فذهبا ضمن، وكذا لو قلت لرجل احرس ثيابى حتى أقوم من النوم فتركها فسرقت ضمن، وكذا السارق إذا ترك باب الدار مفتوحًا ليس فيها أحد فإنه يضمن ما أخذ منها، وكذا إذا تحامل الماء على الجسور وإذا لم يكن الذى جسرها احتاط فيها فإنه يضمن، وكذا لو جسرها واحتاط وأغفل تسريح الماء حتى كسر الجسر فإنه يضمن، وما كان من غير تفريط بل بأمر من الله تعالى فلا ضمان عليه وكذا ما كسره الصبى أو أفسده وهو ابن سنة فصاعدًا فإنه يضمنه فى ماله فإن ابن سنة ينزجر، وكذا المجنون يكسر ما فى السوق أو يفسده يتبع فى ماله مثل جراحته، وكذا النائم ما أصاب فى نومه ففى ماله إذا كان دون الثلث، ويستثنى من ذلك إذا نامت على ولدها فأصبح ميتًا فليس عليها غير الكفارة وقد تقدم ذلك؛ انتهى. هذا الفصل من «تذكرة الحكام».

فصل: قال الباجى: **العمل على ثلاثة أضرب:**

الأول: لا قيمة له ولا يعمل غالبًا بأجرة كمناولة السوط أو النعل وما أشبه

هذا، فهذا لا يضــمن فيه عبد ولا صــبى ولا فيه أجرة، وما أشـبه هذا، ولو قال لصبى: نـاولنى حجرًا وهو مما لا يشـقل على مثله فـذهب ليناوله إياه فسـقط على أصبعه، فلا ضمان على الآمر؛ من «التذكرة».

الثانى: له قيـمة وليس فيـه خطر، فلا يخلو أن يكون قـد أذن للعبـد فى مثله بالإجارة أو لم يؤذن له فـيه، فإن كـان قد أذن فيـه بإجارة فاسـتعمله بإجـارة فلا ضمان عليه، لأنه لم يخالف ما أذن له فيه، وإن استـعمله أو استعمل صبيا مأذونا له فى العمل بغيـر إجارة، ففى «الموازية» عن عمر بن عبد الـعزيز أنه ضامن، قال أشهب: لأن ذلك تعد إذا لم يؤذن لهما فى العمل بغير أجر، وإن كان لم يؤذن له فى العمل جـملة، فروى على بن زياد عن مـالك فيمـن استعـان عبدًا بغـير إذن سيده، فيما له بال ولو أجرة هو ضامن لما أصابه، وإن سلم فللسيد إجارته.

فرع: قال مـالك: ومن أعطى دابته عبدًا يسـتبقا فـعطب ضمن صغيـرًا كان أو كبـيرًا، وهذا إذا علم المستـعمل أنه غيـر مأذون له، فإن لم يعـمل ففى «الموازية» و «المجموعـة»: فى الآبق يستأجره رجل يعمل له عـملاً فيعطب ولم يعلم مسـتأجره بإباقه، قال ابن القاسم: يضمنه، وقال أشهب: لا يضمن من استعمل عبدًا أو مولى عليه إلا فى العمل المخوف فإنه يضمن، وإن لم يعلم بالرق ولا بأنه مولى عليه.

الثالث: ما الغالب عليـه الخطر وهو العمل المخوف كالبئر ذات الحـمأة والعمل تحت الجدران، فقد قال مالك فى الـصبى يأمره الرجل فى النخلة أو ينزل فى البئر فيعطب فى ذلك، أنه ليس ضامنا فى ذلك من الخطر الغالب المعتاد.

فرع: فلو أذن له سيـده فى العمل على الإطلاق فاستـأجره رجل فيمـا هو غير مخوف من الأعـمال فلا ضمان عليـه، وإن استأجره فى مخـوف ضمنه وإن كان مأذونًا فى الإجـارة قال مالك، لأن العمل المخـوف غير مأذون فيـه، وحاصله أن الإذن المطلق إنما يتناول المعـتاد من الأعـمال دون الغـرر، قال مالك: وكـذلك لو خرج به فى سفر بغير إذن سيده.

تنبيه: فى سن الصبى الذى يضمن من استعمله بغير إذن وليه، قال مالك فيمن أعطى صبيًا ابن اثنتى عشرة سنة أو ثلاث عشـرة دابة يستبقا فيعطب، أن ديته على عاقلته، وإن كان كبيرًا فلا شىء عليه، وقد قال أشهب أن المولى يضمن فى العمل

المخوف فيحتمل أن يريد به من لم يبلغ الحلم، ويحتمل أن يريد بالكبير غير المولى عليه.

فصل

فى ضمان الراكب والقائد والسائق

قال ابن أبى زيد - رحمه الله: والسائق والقائد والراكب ضامنون لما وطأت الدابة وما كان منها من غير فعلهم أو هى واقفة لغير شىء فذلك هدر، فقوله: ضامنون؛ أى: كل واحد منهم ضامن فيما تعدى فيه، قال عبد الحق: وهذا لأنهم قادرون على ضبطها وإمساكها، وإذا كان مع الدابة راكب وقائد فما وطئت الدابة، فعلى القائد إلا أن يكون فعلها من سبب الراكب، فإن اجتمع سائق وقائد وراكب فوطئ الدابة بيدها أو رجلها رجلا فقتلته، فعلى القائد والسائق إلا أن يكون فعلها بسبب الراكب فذلك عليه، وقال أشهب: على كل واحد منهم ثلث الدية، قال أبو محمد: يريد لعل الراكب شاركهما فى ذلك، قال ابن يونس: ليس هو ظاهر الكتاب بل الظاهر خلافه إلا أن يكون رده إلى المشهور.

قال الجزولى، قال عبد الحق: قوله فى «الرسالة» وما كان منها من غير فعلهم، يعنى ومن كان من غير تفريط منهم أو عن غلبة فلا شىء عليهم فيه، لأن ذلك ليس من قبل تفريط ولا إهمال وإنما هو من جهتها.

فرع: ولا يضمن الأول ما رمحت إلا أن يكون ذلك من شىء فعله بها، ويضمن ما وطئت بيدها ورجلها لأنه يسيرها، وإن رمحت من غير تسبب واحد منهما فلا شىء عليهما.

فرع: وإن أصابت بفمها فرآها ولم يمنعها أو كان ذلك شأنها ولم يحفظ فمها بما يمنعها ضمن، وإن لم يرها حين أصابت بفمها ولا كان ذلك شأنها ولا فعل بها ما أوجب ذلك لم يضمن، وإذا لم يعلم هل كان هناك ما يوجب ضمانه؟ كان القول قوله، ويحمل الأمر على أنه جناية منها حتى يعلم غيره؛ قاله اللخمى.

فرع: ولو نهرها بمقودها أو صاح عليها فضربت أو كدمت ضمن، لأن الجناية حينئذ ليست للعجماء إنما هى جناية قائدها أو سائقها أو راكبها، قال البرنى فى

«شرح الموطأ»: لأنه هو أوطأها، وقد ضمن عمر - رضى الله عنه - الذى أجرى فرسه عقل ما أصاب الفرس والقائد والراكب والسائق، أحرى من الذى أجرى فرسه؛ كذلك قال مالك.

فرع: وإذا كان رجلان مرتدفين على دابة فوطئت رجلا بيدها أو برجلها فقتلته فأراد على المقدم إلا أن يعلم أن المؤخر حركها أو ضربها فيكون عليهما، لأن المقدم بيده لجامها، أو يأتى من فعلها أمر يكون المقدم لا يقدر على دفعه، مثل أن يضربها المؤخر فترمح فتقتل رجلا، فهذا وشبهه على عاقلة المؤخر خاصة، فلو كان المقدم صبيا قد ضبط الركوب فهو الرجل، قال سحنون: وإن لم يكن له قبض ولا بسط فهو كالمتاع المحمول، وما كان من ذلك فهو على المؤخر، وفى «التذكرة» قال محمد: ولو كان هذا الصغير الذى لم يضبط وحده، أو كان عليها نائم أو مريض فوطئت أحدًا فذلك عليه، إلا أن يكون معها قائد أو سائق فيكون عليه لأن الراكب كالمتاع.

فرع: هذا حكم المرتدين، وأما إن كانا متزاملين فى محمل ولا يقودها أحد فهما ضامنان بخلاف المرتدين.

فرع: قال البرنى: إذا كان الراكب ليس بيده عنانها فلا ضمان عليه، والضمان على القائد والسائق لأن الراكب عند ذلك كعدل على ظهرها.

فرع: فلو كان على الدابة صبى فجمحت به وهو لا يمسك حبسها فهو ضامن فى ماله دون الثلث، وما بلغ الثلث فهو على عاقلته.

فرع: ولو وقع الذباب على الدابة فنفخت إنسانًا لم يكن على راكبها شىء.

فرع: ولو انفلتت دابته فنادى رجلا ليحبسها فذهب ليحبسها فقتلته فلا شىء عليه، وهذا من العجماء جبار، قال محمد: إلا أن يكون المنادى عبدًا لغيره أو حرًا صغيرًا، فإن الصبى على عاقلة الذى ناداه، وقيمة العبد فى ماله.

فرع: قال أشهب: فيمن ركب دابة فطارت من تحت يدها حصاة ففقأت عين رجل فلا شىء عليه، قال محمد: إلا أن تكون الدابة دفعتها بحافرها فضربها حين اندفعت ففيها الدية، وأما إذا طارت من تحت الحافر من غير دفع فلا شىء فيها؛ من «ابن يونس».

فرع: ومن قاد قطارًا فهــو ضامن لما وطئ البعيــر فى أول القطار أو أخره، لأنه هو الذى يسير الجمــال، قال اللخمى: فإن كان معه سائق كانا شــريكين فيما وطئ الآخر خاصة، وهذا بخلاف ما لو نفحت دابة من القطار رجلا فأعطبته لم يضمن القائد ذلك إلا أن يكون ذلك من شىء فعله بها.

فرع: ومن قاد دابة فمرت به جارية فصاح بها إياك إياك، فوطئتها الدابة فقطعت أنملتها فعليه الغرم؛ قاله ابن يونس، وفى «الطرر»: قال على - رضى الله عنه: إذا قال إياك وأسمع المجنى عليه فلا ضمان عليه.

فرع: وفى «المختصر الواضحة» قال مطرف وابن الماجشون: ما أصاب الفلو وهو يتبع أمه رمحا أو وطئا فهو هدر، وليس على راكبها منه شىء ولا على قائدها ولا سائقها، وفى «الطرر»: قاله أصبغ عن ابن الــقاسم، وقال اللخمى: يضمن القائد لأمه.

فرع: قال ابن المواز: ولو انفــلتت دابة من رجل فنادى بآخر ليــحبســها له فلم يرض أن يعترض لإمــساكها حتى صــدمته فقتلته، نــظرت فإن كانت أفلتت من يد رجل لزمت الدية عاقلتــه، وإن كانت أفلتت من قيودها فــهو جبار، وقــد سمعت أصبغ ونزلت فى رجل دابة معه لمرعاها، فــجذبت الرسن من يده وجرت فصدمت إنسانًا فقتلته، أن على عاقلته الدية مثل ما لو كان راكبا فغلبته وصدمت به رجلا.

فرع: ولو نخس رجل أجنبى دابة معــها راكب أو قائد أو سائق، فمــا نشأ عنها فعل الناخس دون الثلاثة، فإن مات أحد من فعلها فهو على عاقلة الناخس.

فرع: وفى «الإشراف» من هذا المعنى أن الهارب الخائف إذا وطئ أو صــدم شيئًا فلا شىء عليه، وذلك على الذى فعل به ذلك؛ من «الطرر» لأبى إبراهيم.

فصل: فى ضمــان ما أفســدت المواشى وما أفســدت البهائم فى الزرع نهــارًا فلا ضمان على أرباب المواشى، وأما بالليل فالضمان عليــهم، والقول بنفى الضمان فيما أفسدته نهارًا محمول على أن المواشى معها راع، وأما إن أهملها أهلها فهم ضامنون.

تنبيه: وإذا سقط الضمان عن أرباب المواشى فيمــا رعته نهارًا، فضمان ذلك على الراعى إن فرط، وفى «معين الحكام»: إنما ســقط عن رب الماشية ضمان مــا أفسدته

ماشيته نهارًا من الزرع والحوائط، إذا أخرج ماشيته عن جملة الزرع والحوائط بقائد يقودها إلى رعيها وأما إن أهملوها بين الزرع والحوائط دون راعٍ، أو مع راعٍ يضيع أو يفرط فربها ضامن لما أفسدته، ويضمن الراعى المفرط إلا أن يشذ منها شىء بلا تفريط فلا ضمان، واعلم أن سقوط الضمان فيما رعته البهائم نهارًا، إنما هو فى المواضع التى تغيب أهلها عنها، وأما إن كان الجنان مهملاً لا يأتيه أربابه إلا فى أيام الجذاذ، فإن الضمان لازم فيما رعته نهارًا؛ قاله أبو محمد، من «الفتاوى المجموعة».

مسألة: قال ابن راشد: وسألت بعض الفقهاء عن أجراء القرية، يرعون بقرها على الدولة بالليل كل واحد منهم ليلة، فطرقت البقر زرع إنسان فأفسدته على من الغرم؟ قال: إن فرط الراعى وغفل فالغرم عليه، وإن سبقته وقهرته وعلم ذلك فالمغرم على أربابها.

مسألة: وفى «مختصر الواضحة»: قال ابن مزين سمعت أصبغ يقول، وسألته عن الزرع إذا كان محيطًا بالقرية متصلاً بها، لايسلم عن الماشية، إذا أخرجها صاحبها وخلاها، من غير راع يحرسها، قال: صاحبها يؤمر أن يخرج معها راعيا أو رعاء يحرسونها ويمنعونها أن تؤذى أحدًا، ويمروا بها على الطريق التى يتحفظ أهلها من أذى الزرع الذى يليها، فإذا أخرجوها من مزارع القرية إلى فحوصها ولا زرع فيه منها، تركت الماشية هنالك بغير راعٍ، فإن نزع منها شىء إلي الزرع وأعاد ذلك، كانت مثل الضوارى فى الماشية تغرب إلى أرض لا زرع فيها، قال فضل: وأما لو فتح رجل بابه وسرح دابته بلا حارس فالضمان على مثل هذا، والغرم له لازم ولو أدب لكان لذلك أهلاً.

فصل: وسئل مطرف عن النحل يتخذها الرجل وهى تضر بشجر الناس إذا نورت، أو يتخذ برجا فى القرية للعصافير ليصب من فراخها، فقال: أرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر بالناس فى زرعهم وشجرهم، وقال أشهب: النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع من اتخاذه وإن أضر وعلى أهل القرية حفظ زرعهم؛ وقاله ابن القاسم.

فصل: ويجوز دفع الصائل عن النفس والأهل والمال، كان الصائل مكلفًا أو صبيا أو مجنونا أو بهيمة، قال ابن عبد السلام: يجوز دفعه عن كل نفس معصومة كانت من المسلمين أو من أهل الذمة، ويدخل فى ذلك الجمل الصئول والكلب العقور وهو مروى عن ابن القاسم، قال: وإن قل رجل جملا صئول بعد التقدم إلى صاحبه، وذكر أنه صال عليه وأراده فلا غرم عليه، ويقبل قوله فى ذلك.

قال ابن راشد: يريد مع يمينه بغير بينة، إذا كان بموضع ليس بحضرة الناس، واختلف فى التقدم إلى أرباب البهائم فى هذا، هل لابد فيه من السلطان أولاً على ما تقدم فى الجدار؟ قال ابن راشد: وهذا الخلاف إنما هو إذا اتخذ حيث يجوز له اتخاذه، وإن اتخذ حيث لا يجوز له اتخاذه فهو ضامن بلا خلاف، وإن لم يتقدم إلى صاحبه فى ذلك.

مسألة: وفى «الزيادات الملحقة بمعين الحكام»: أن العبيد إذا تقدم إلى سادتهم فى ضررهم، ليسوا كالحائط المائل والبعير ولا شىء على سادتهم.

مسألة: قال ابن راشد قال القاضى أبو بكر: ولا يقصد قتل الصائل ابتداء، وإنما ينبغى أن يقصد الدفع، فإن أدى إلى القتل فلا ضمان إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل، فجائز أن يقصد قتله ابتداء، ولو قدر المصول عليه على الهروب من غير مضرة تلحقه تعين ولم يجز له الدفع بالجرح، وإلا فله الدفع بما قدر عليه.

فرع: ومذهب أشهب فى الجمل الصئول والكلب العقور، أنه لا ضمان على صاحبهما بحال وإن تقدم إليه؛ ذكره ابن عبد السلام.

فصل: ولو عض رجل يد رجل فسل يده من فيه فسقطت أسنانه، فالمشهور أنه يضمن أسنانه لأنه مباشر، وقيل: لا يضمن، لأن صاحب اليد تسبب فى ذلك وسلطه على نفسه.

فصل: ولو نظر من كوة أو باب ففقأ عينه صاحب الدار ضمن، لأنه قادر على زجره ودفعه بالأخف، ولو قصد زجره بذلك فأصاب عينه ولم يقصد فقأها ففى ضمانه خلاف.

*****

الفصل الثالث عشر

فى نفى الضرر وسد الذرائع

ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا ضرر ولا ضرار**»، وقال الباجى فى «المنتقى»: يحتمل أن يريد بقوله: لا ضرر؛ أى: لا ضرر على أحد، بمعنى: أنه لا يلزمه الصبر عليه ولا يجوز له إضرار بغيره، وقال غيره: الضرار أن تضر نفسك لتضر بذلك غيرك، فإذا منع هذا فكيف بمن يصلح مال نفسه بإفساده مال غيره؟ وقال المتيطى: ويحتمل عندى أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره، والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه، لأن هذا البناء يستعمل كثيرًا بمعنى المفاعلة فى القتال والضرار والسباب والجلاد وكذلك الضرار، فنهى النبى ﷺ أن يتعمد أحدهما الإضرار بصاحبه وعن أن يقصد ذلك جميعا، وقال الخشنى: فيكون الضرر ما قصد به الإنسان منفعة نفسه وما كان فيه ضرر على غيره، والضرار ما قصد به الإضرار بغيره، قال الباجى: فلا ينبغى لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يحدث على جاره شيئًا يضر به.

مسألة: أما الضرر؟ فمثل ما يحدث الرجل فى عرصته مما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كير لعمل الحديد، فقد قال ابن القاسم عن مالك فى «المجموعة»: إن لهم منعه؛ وقاله مالك فى الدخان، وقال: التنور خفيف.

تنبيه: قال ابن راشد: إن أمكن قطع الدخان مع بقاء الفرن قطع الضرر، وبذلك قضى سليمان بن أسود فجعل أنبوبًا فى أعلى الفرن يرتقى فيه الدخان ولا يضر بالجار، ووجه الضرر فيما ذكرناه هو الدخان الذى يحصل من الفرن والحمام، فيدخل على الجيران فى دورهم ويضرهم، وهو من الضرر الكبير المستدام، وما كان بهذه الصفة مع إحداثه على من يستضر به إذا شهدت البينة بأنه من الضرر.

مسألة: فإن أقام المحدث للضرر بينة تشهد أن ذلك ليس بضرر، لم يلتفت إلى تلك البينة، وكانت شهادة الذين شهدوا بالضرر أحق وأولى بالحكم وعليه العمل

وبه القضاء، وقيل: ينظر إلـى أعدل البينتين فيقضى بها لأن الشـهادة على العيان، وليس تنفذ شهادة بالضرر فيما لم يره أهل العلم ضررًا.

مسألة: وإذا جهل الضرر فلم يعلم أقديم هو أم حـديث؟ فهو على القدم حتى يثبت أنه محدث، قال ابن هشام فى «المفيد» له: وإذا لم يعلم الضرر هل هو قديم أو محـدث؟ فهو على الحدوث حـتى يثب القدم وبه العمل، وقـال سحنون: هو على القـدم حـتى يثـبت الحـدوث وليس به عـمل؛ انتـهى. وذكـر ابن زياد فى «أحكامه» وابن الهندى فى «وثائقه»: أن ذلك محمـول على أنه محدث حتى يثبت أنه قديم وبه الحكم.

مسألة: ومن أحدث عليه ضرر من اطلاع أو فتح باب أو كوة من ذلك، وكذلك لو أحدث نصبة يطلع منها على جـاره منع، وقيل: لا يمنع ويقال لجاره استر على نفسك؛ قاله أشهب، والمنع قوله فى «المدونة».

فرع: وفى «المذهب»: ثم إذا ثبت ضـرر الاطلاع، فقيل: يحـكم بسدها، وإن كان باب فـإنه يغلق غلقًـا حصينـا وتقلع منه العتـبة لئـلا يكون حجة عنـد تقادم الزمان، وقال ابن الماجشون: لا يلزمه سدها، وله أن يجعل أمام ذلك ما يستره.

فرع: وإذا كانت الكوة قديمة أو الباب قديمًا، فليس له قيام فى سده وإن لم يكن لصاحـبه فيه منفـعة، وفى «الطرر»: حكى ابن يونس قولا عن بعض الشـيوخ فى الكوة القديمة أنها تسـد، وأن ذلك حق لله تعالى لا يحل الكشف على أحد؛ انظر فى «كتاب حريم البئر» من «ابن يونس».

وإذا قلنا: إنه لا يلزم سدها وهو المشـهور، فليس لصاحب الكوة قيـام عليه إن بنى داره وعلاها فى مقابل تلك الكوة، حتى يتـقطع الضياء عليه ونحوه لمالك فى العتـبية، وفى «الكافى» لأبى عمـر بن عبد البـر: إلا أن تكون تلك الكوة للضوء فألصق جاره لابناء ببنائه، فإنه يمنع من ذلك إلا أن يعمل فى جداره كوة فى قدرها وبإزائها، تؤدى إليه من الضوء ما كان يصل إليه من كوّته فذلك له.

فرع: وإذا أراد أن يفتح كـوة للضوء والرياح، وكانت السكة غيـر نافذة لم يمنع ولتكن حيث لا يطلع منها.

فرع: وفى «وثائق ابن الهندى»: وإن كـان لرجل كوة قـديمة يشرف منهـا على جاره، فلا قـيام لجاره فيهـا، ويجب التحفظ فى الدين أن يتطوع بغلقهـا من جهة الاطلاع على العورات، وأن يكون التحفظ بالدين أوكد من حكم السلطان.

فرع: وإن أحدث على جاره كوة للضياء فقام جاره عليه فى ذلك فإنه ينظر أهل البصر إليها، فإن كان فـيه ضرر بجاره منع وأغلق، وروى عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أنه أمر بوضع سرير من ناحية بيت المحدث للكوة وأن يقف على السـرير واقف، فـإن اطلع على دار جـاره منع من ذلك وأغلـقت، وإلا لم تغلق والعمل على قول مالك.

تنبيه: وفى «الوثائق الجزيرى» أن المراد بالسرير الفراش، وفى «معين الحكام» عن بعض الموثقين مـثل ذلك، وقيل: هو السلم وكـلاهما بعـيد، والظاهر أنه الـسرير الذى ينام عليه، وهو من شأن الناس من زمن النبى ﷺ.

مسألة: وفى «المتيطية»: وكل مـا كان من الاطلاع لا يصل إليه المطلع إلا بكلفة ومـؤنة، وقصـد إلى الاطلاع بتكلف صعـود لا يتـمكن إلا بذلك، لم يكن ذلك الموضع الذى يطلع منه الضـرر الذى يزال، وقيل للذى يشكو الاطلاع اسـتر على نفسك، فـإن أثبت عليه أنه اطلع عليه بقـصد إلى ذلك، كان حقـا على الإمام أن يؤدبه على ذلك ويزجره حتى يعود.

مسـألة: وقد أفـتى الشيوخ فيـمن فتح فى نصبـة له بابا، لا يطلع منه على دار جاره إلا أن يخرج رأسه من الباب، أن يجعل على البـاب ستر خباء وثيقا يمتنع أن يخرج أحد منه رأسه ليطلع وهو حسن من الفتوى.

مسألة: إذا لم تقطع البينة بأن الضرر محدث، إلا أنهم قالوا رأينا شيئًا يدل على الحدوث، وهو ضـرر حلف القائم أنه مـحدث وأزيل عنه الضرر إلا أن تـقوم بينة بالقدم؛ من «وثائق الجزيرى»، وغيره.

مسـألة: ومن أحدث عليـه ضرب من اطلاع أو خـروج ماء من مرحـاض قرب جـدار داره، أو غـير ذلك مـن الإحداثات المـضرة، وعلـم بذلك ولم ينكره ولا اعترض فيـه عشرة أعوام ونحوها، من غيـر عذر يمنعه من القيام فيـه، فلا قيام له

بعد هذه المدة وهو كالاستحقاق، وهو مذهب ابن القاسم؛ وقاله ابن الهندى وابن العطار.

قال أصبغ: لا ينقطع فى إحداث الضرر إلا بعد عشرين سنة أو نحوها، وجعلها خلاف الحيازة فى الأصول، وبالأول القضاء إلا أن يكون المحدث عليه صغيرًا، أو مولى عليه أو بكرا غير معنسة، فلا يضرهم سكوتهم، وإن طال ذلك وهم على حالتهم هذه، حتى يبلغ الصغير وتعنس البكر، وينطلق المولى عليه من الولاية، ثم يسكنون بعد ذلك المدة المذكورة على الخلاف المذكورة، عالمين بما لهم فى ذلك من القيام.

فرع: وفى «الطرر»: وحيازة الضرر على الأقارب والأجانب سواء على القول بحيازته، ولا يفرق بين الأقارب والأجانب.

فرع: قال ابن سهل: والذى روى عن أصبغ وأفتى به بعض مشايخنا، أنه لا يستحق بالعشرين إلا بما زاد، قال: ولسحنون فى مصب ماء على دار رجل أنه يستحقه بالأربعة الأعوام، قال ابن أبى زمنين: رأيت فى مسائل يسأل عنها ابن مزين أنه قال: ما كان من الضرر يبقى على حالة واحدة لا تزيد كفتح الأبواب والكوة يطلع منها، وشبهه مما يحدث بمحضر من أحدث عليه، فإن محدثه يستحقه فى مثل ما يستحق فى الحيازة من طول الزمان، وما كان ضرره يتزايد كالكنيف فلا يستحقه محدثه بطول حيازته.

وإن أمسك المحدث عليه ذلك عن القيام فيه، ثم أراد القيام بعد ما مضى من الزمان ما يكون فيه الحيازة، فإن ذلك لا يحاز بطول الزمان ويقطع عن المستضر به متى قام فيه، وكذلك الدباغ لأنه ممن لا يبقى على حالة واحدة كالكنيف، وإن لم يزد فى حفره فى السعة والطول، فقد يوهن ما يلى الحفرة بكثرة ما استنقع فيها من الماء وغيره عاما بعد عام، فيحدث عند جاره من الوهن فى جداره ما لم يكن حدث عليه قبل ذلك.

وكذلك كل ما يفتحه الرجل فيما يلى دار جاره كمستنقع المياه لأن ذلك كلما طال ضر بطوله من يجاوره لما يدخل من الرطوبات والبلل فى بناء داره.

وكذلك الدبـاغ لا يبقى ضرره على حـالة واحدة، لأن الدباغين كلـما زيد فى أوانى الدباغ وفى عـمله كانت روائح ذلك أكـثر وأضر، وهذا مـا علمناه ولم نزل نسمعه.

مسألة: وفى «معين الحكام» قال ابن عتـاب: الذى أقول به، وأنقله عن مذهب مالك: أن جـميع الضرر يجب قطعـه، إلا ما كان من رفع بـناء من هبوب الريح وضوء الشمس وما كان فى معناهما، إلا أن يثبت القائم فى ذلك أن محدث ذلك أراد الضرر بجاره.

مسألة: وفى «المتيطية»: قـال ابن حبيب: وجوه الضرر كثـيرة، وإنما تتبين عند نزول الحكم فيها، من ذلك: دخان الحمـامات والأفرنة وغبار الأنادر ونتن الدباغين إن لم يكن يضر لمن جاوره، وإلا فاقطعوه وسواء كان قديمًا أو محدثًا، لأن الضرر لا يستحق بالقـدم، وإنما حيازة التقادم الذى جـاء فيها الأثر من حاز على خـصمه عشرين سنة فـهو أحق به منه، فيما يحوزه الناس من أمـوال بعضهم على بعض، من أجل أن الحائز لذلك يستـغنى بالحيازة عن أصل وثيقته التى صـار بها إليه ذلك من شراء أو هبـة، ولا تكون الحيـازة فى أفعال الضـرر حيازة، بـل لا يزيد تقادم الضرر إلا ظلمًا وعدوانًا.

مسألة: وإذا أحدث الأندر إلى جـانب الجنان فأضر بها منع مـحدثه من ذلك، عن مطرف: إذا كـان محـدثا، فإنه لا يمنع صـاحب الأندر الانتفـاع بأندره، لأن صاحب الكرم أقدم على علم بما يصيبه من الضرر، وفى «مختصر الواضحة»: أنه لو كانت عرصة ليس فيهـا كرم، كان لربها منع صاحب الأندر من وقوع التبن فى أرضـه، وفى «وثائق الجـزيرى»: أن إحداث الأندر جـوار الدار أو الجنة يؤذى مـا تطاير منه عنـد الذر ويمنع باتفـاق، وكذلك مـا يضـر بالجـدارات مثـل الأرحيـة والكنف.

فصل: ويمنع الرجل من إحـداث اصطبل للدواب عند باب جاره بسـبب بولها وزبلها وحركتها ليلاً ونهارًا ومنعها الناس من النوم، وكذلك الطاحون وكير الحداد وشبهه.

فصل: وليس للرجل منع جاره من حفر بئر فى داره إذا كانت الأرض صلبة لا تضر ببئره، وإن كانت رخوة وخشى أن ينشف ماء بئر منع إذا قال ذلك أهل البصر وروى سحنون عن ابن كنانة: أن له أن يحفر، وإن أضر بجاره فى بئره وليس عليه العمل.

فصل: وفى «الطرر»: وإن كان لرجل عرصة وبنى رجل بجنبها فليس له منعه من فتح الأبواب والكوى إليها، وإن قال رب العرصة أنا أريد أن أبنى فيها لأنه حق سبق إليه، وروى ابن حبيب: أن له منعه من فتحها إلى العرصة قبل البنيان أو بعده إذا رغب فى بنيانها، لأنه حق يذب عنه ما يضر به إن شاء، قال عيسى: فإن لم يمنعه حتى بنى ثم أراد منعه فله ذلك، ولا يمنعه تركه أولاً من القيام عليه بذلك، فإن أوقفه ففتحها على أنه متى شاء سدها أجازوا ذلك بينهما.

مسألة: فإن بنى رجل فى موضع مشرف يطل منه على دور جيرانه لم يمنع، لأنه كان يطلع منه قبل ذلك، إلا أن يفتح فيه كوى يطل منها فلهم منعه، وفى «مختصر الواضحة»: وإذا بنى رجل على شرف يطل منه على ذروة القرية على قدر العلوة والعلوتين، فإن كان ذلك لعلة فتح بابها إلى الذروة، أو كوى فتحها وما أشبه ذلك منع وإن كان لإشراف مكانه فقط لم يمنع من ذلك، وإن وجد عنه مندوحة، ولو كان هذا البانى على الشرف يطل على دور جيرانه لم يمنع من ذلك، وإن وجد عنه مندوحة إذا كان موضعًا يشرف منه قبل أن يبنى فيه.

مسألة: فى الرجل يريد أن يبنى بناء وبقربه أندر قوم والبناء يحبس الريح عن الأندر، قال ابن الماجشون ومطرف وأصبغ: لا يمنع البانى فى حقه وإن كان فى بنائه بطلان الأندر.

وحكى ابن عبدوس عن بعض أصحابه: أن الأندر إذا كان قديمًا منع البناء، وسواء على القول الأول وجد مندوحة أو لم يجد عن ذلك مندوحة.

مسألة: وكذلك يمنع من فتح كوى يطلع منها على ما يطلع غيره فلا حجة له فى اطلاع غيره عليه.

مسألة: قال سحنون، فى «العتبية» فى الذى يكون له الداران عن يمين الطريق

ويساره، فيريد أن يرفع على السكة غـرفة قال: له ذلك، وهذا مما لا يمنع عنه أحد أن يتخذه، قال بعض الشيوخ: وهذا إذا رفع البنيـان رفعا يتجاوز رؤوس المارة فيه من الركبان، ونحـو هذا فى «الزاهى» لابن شعبان قال: والأجنحـة الشارعة ترفع عن رؤوس الركبان رفعا بينا.

مسألة: قال أبو عمـرو: من أحدث غرفة يطلع منهـا على أسطوان جاره منع، وسواء كان الزقاق نافذًا أو غيـر نافذ، والأسطوان فى عُرف المغاربة هو دهليز الدار فى عُرف المشارقة.

فصل: وأما إحـداث بناء يمنع الضوء والشمس والـريح فاختلف فـيه، هل يمنع أولا؟ وفى «المتـيطية»: لا يمنع، إلا أن يكـون أظلم عليه، وأمـا إن أحدثه ضـررًا لجاره فإنه يمنع منه، وقد تقدم ذلك فى كلام ابن عتاب.

فصل: وأما إحداث مـا ينقص الغلة مثل أن يحدث فرنا بقـربه من فرن جاره، فهذا لا يمنع منه اتفاقًا.

فصل: وأما إحداث رحى على نهر فوق رحى قديمة تضرها فى نقصان طحن أو كثرة مؤنة، أو فى غير ذلك ضـررًا بينا فذلك ممنوع؛ قاله ابن القاسم ولو لم يتبين لأهل المعرفة فى ذلك ضرر، قيل له عمر فإن أضررت بجارك منعناك.

فصل: وأما إحـداث الميزاب لماء المطر يصـب فى دار الجار فذلك ممـنوع، سواء أضر بجاره أو لم يضـر إلا أن يأذن له في ذلك، قال ابن حبيب: فـإن منعه جاره فأراد أن يؤخر جـداره عن موضعه إلى داخل داره، ويجعل موضع الجـدار مجرى الماء من سطحه فى أرضه، قال: ليس له أن يحدث على جاره شيئًا لم يكن، وقال عيسى: له ذلك.

فصل: وأما إحداث الباب قبل باب الجار، قال فى «المدونة»: فليس له أن يفتح فى سكة غير نافذة بابًا يقـابل باب دارك أو يقاربه، ولا تحول بابًا هناك إذا منعك، لأنه يقول: الموضع الذى تريد أن تـفتح فيه مـرافق، افتح بابى وأنا فى ستـرة فلا أدعك أن تفتح قبالة بابى أو قربه، فتتخذ على فيه المجالس وشبه ذلك من الضرر،

فلا يجوز أن يحدث على جاره ما يضره وأما فى السكة النافذة فلك أن تفتح ما شئت، أو تحول بابك حيث شئت.

وقال سحنون: يمنع من فتحه قبالة باب جاره، وينكب عنه بقدر ما يرى أن يزال به الضرر عن الذى قبالته، وأما غير النافذة فهى مملوكة لأرباب الدور التى فيها، فلا يجوز إشراع إليها ولا فتح باب جديد فيها إلا برضا الجميع، فإن أذن له البعض فإن كان الذين أذنوا فى ذلك داخل الزقاق وممرهم إلى منازلهم على المواضع المحدثة فإذنهم جائز، وقال ابن الهندى: إذا كانت الطريق غير نافذة فليس لأحد فتح باب فيها إلا عن رضا من أهل الزقاق، وهى كالعرصة المشتركة وبه القضاء وعليه العمل، إلا أن يسد بابه القديم ويفتح غيره فى موضع لا يضر بجاره فى مربط دابته أو إنزال أحماله، فإن أضر به منع وهذا هو الصحيح، والله أعلم.

تنبيه: قال ابن راشد: وظاهر هذه النقول وإن لم يكن فى ذلك ضرر، والصحيح مراعاة الضرر، وقد تقدم عن «المدونة» أنه لا يجوز أن يحدث على جاره ما يضره فاعتبر الضرر.

مسألة: وفى «المتيطية»: إن كان الزقاق غير نافذ ولرجل فيه باب دار فسدّه وأراد أن يفتح غيره، إن كان على بعد من باب جاره فله ذلك، وإن كان على قرب وأثبت صاحبه الضرر منع.

مسألة: وإذا كانت داره داخلها لقوم وخارجها لقوم، وللداخلة الممر فى الخارجة تحويل بابها إلى موضع قريب لا ضرر فيه على الداخلين، فلهم ذلك، وإن لم يكن بقرب موضعهم لم يكن لهم ذلك؛ قاله فى «المدونة».

مسألة: ولو كانت دار بين رجلين ولأحدهما دار تلاصقه، فأراد أن يفتح بابا يدخل منه إلى داره فللشريك منعه، قال محمد: ولو فتح فى حائط دار نفسه ليدخل منه إلى دار الشركة كان له ذلك.

مسألة: ولو فتح باب دار له أخرى إلى داره التى فى الزنقة الغير النافذة ليترفق به، لا يجعله كالسكة النافذة للناس يدخلون من باب ويخرجون من باب جاز، وإلا لم يجز.

مسألة: وإذا كان حائط لرجل فى سكة غير نافذة، وبابه فى سكة وليس له فى السكة التى لا تنفذ باب لداره، فالصحيح أنه ليس له ذلك سواء فتح قبالة بابه أحد أو لا لأنه إنما يفتح ما لا حق له فيه، وإنما هو مشاع بين أصحاب الأبواب القديمة التى فيها، فهو إذا فتح بابه بغير رضاهم صار شريكهم فى السكة بغير حق، وقيل: له أن يفتتح إذا كانت واسعة ولم يقابل باب أحد.

تنبيه: والواسعة ما كان فيها سبعة أذرع فأكثر، وفى «وثائق ابن الهندى»: السبعة حد السعة وما ينقص منها فذلك حد الضيق، قال: وحضرت القضاء فى السبعة الأذرع بغير ذرع ساحة الأرض، وكان القاضى بذلك قاضى الجماعة بقرطبة أبو بكر بن زرب، فألفى فى الحجة تسعة أذرع فأوجب فيها فتح حانوت، وقضى بذلك ففتح، وكان ذلك الحكم فى سكة نافذة، وفى «المتيطية»: وحكى ابن أبى زيد فى «نوادره»: الطريق الواسعة ثمانية أشبار، وقيل: سبعة أشبار.

مسألة: وأما إذا كانت السكة التى لا تنفذ فيها أبواب لقوم شتى، أو باب واحد لرجل، وكان فى جانبى الداخلة على طولها حيطان الرجل، فذهب إلى أن يحصل حيطانه ودوره بأن يجعل لها بابًا فمنعه أهل السكة فذلك لهم، ومن حجتهم فى منعه أن يقولوا: إنا ندخل إلى دورنا متى شئنا بلا إذن أحد ولا مشورته من ليل أو نهار، فإذا صرفتنا إلى باب احتجنا إلى الاستئذان، وربما لم تفتح لنا أو تطول علينا فى الفتح، فصرنا فى شقاق ونحن فى غنية عنه فذلك لهم، فلا يجعل لها بابًا إلا بإذن جميع ما فيها، وإن أجازا له الجميع إلا واحدًا منهم فمن حقه منعه.

مسألة: وإذا كانت لرجل دار على الانفراد إلى جنبها دار مشتركة بينه وبين غيره، فأراد أن يفتح لداره التى هى له على الانفراد بابًا إلى الدار المشتركة بينه وبين غيره فليس له ذلك إلا برضا شركائه جميعًا، فإن اقتسموا الدار المشتركة وصحنها وبقى الدار المشتركة التى اقتسمت على حاله لدخولهم وخروجهم، فوقع لصاحب الدار المنفردة قطعة من الصحن مما يلى الدار التى له على الانفراد، فله أن يفتح لداره التى به على الانفراد بابًا إلى الصحن، يدخل عليه ويخرج على باب الدار المقسومة الذى بقى لدخولهم وخروجهم، وليس لهم منعه وهذا قول ابن القاسم وبه القضاء؛ من «وثائق ابن الهندى» - رحمه الله.

مسألة: وأما من أراد أن يتخذ على باب داره مجلسًا يجلس فيه قبالة باب دار جاره، فقال سحنون: يؤمر أن ينكب عن ذلك قليلاً فإن أبىَ منع منه وهذا فى السكة النافذة.

بيان: ويتحصل فى السكة النافذة، إذا أراد رجل أن يفتح مجلسًا أو حانوتًا قبالة باب دار جاره، أو يخرج عسكرًا وهو المعروف بالجناح ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك له من غير تفصيل وهو مذهب ابن القاسم فى «المدونة»، وقول أشهب.

الثانى: أن ذلك ليس له من غير تفصيل وهو مذهب ابن القاسم إلا أن يسكن بين ذلك، وهو قول سحنون.

الثالث: أن ذلك له فى السكة الواسعة وهو قول ابن وهب، ويتحصل فى السكة غير النافذة فى فتح الرجل للباب وتحويله عن موضعه إلى الزقاق ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك لا يجوز له إلا بإذن جميع أهل الزقاق، وهو الذى ذهب إليه ابن زرب.

الثانى: أن ذلك له ما لم يقابل باب جاره ولا قرب منه، بحيث يقطع به مرفقًا عنه، وهو قول ابن القاسم فى «المدونة»، وقول ابن وهب.

الثالث: أن له تحويل بابه على هذه الصفة إذا سد الباب الأول، وليس له أن يفتح فيه بابًا ما لم يكن فيه وهو قول أشهب.

تنبيه: وفى «المتيطية»: قال ابن زرب، وإذا سد باب للضرر فلا يكون سده تغليقه وتسميره، ولكن يقلع الباب وعضائده وعتبته وتغير آثاره، لأنه إذا بقى على حاله وسده بالطوب وبقلب العضائد والعتبة، كان فى ذلك ضرر على من أحدث عليه، وبهذا قال سائر الفقهاء بقرطبة وغيرها، لأنه إذا تقادم الزمان يكون له شاهدًا وحجة، ولعله يقول إنما سددته لأفتحه إذا شئت، فلذلك ألزموه بتغيير معالمه حتى لا يبقى له أثر.

فصل: وللرجل أن يضع فى داره المكتراة ما شاء من الأمتعة والدواب والحيوان، والحدادين والقصارين ما لم يكن ذلك ضررًا بالدار.

قال ابن عبد الغفور مؤلف «الاستغناء»: وعلى هذا يكون لصاحب الدار أن ينصب داره ما شاء من الصناعات ما لم يضر بحيطان جاره، وأما أن يمنع من وقع ضرب أو دوىّ رحى أو كمد لأجل صوته، فلا وكذلك ما أشبهه، قال فى «الطرر»: لأن الصوت لا يخرق الأسماع ولا يضر بالأحشاء، فإن أضر بالجدران منع، وذلك بخلاف رائحة الدباغ أو يفتح بقرب جاره مرحاضا ولا يغطيه أو ما تؤذيه رائحته، لأن الرائحة المنتنة تخرق الخياشيم، وتصل إلى الأمعاء فتؤذى الإنسان، وهو معنى قوله عليه السلام: **«من أكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقربن مساجدنا يؤذينا بريح الثوم»**، وكل رائحة تؤذى يمنع منها لهذا، قال: وبه العمل.

مسألة: وقضى بعض شيوخ الفتيا بمنع الكمادين إذا استضر بهم الجيران وقلقوا من ذلك، لاجتماع وقع ضربهم والأول أولى - إن شاء الله تعالى.

فرع: قال ابن راشد عدم منع الأصوات مثل الحداد والكماد والندّاف، قال ابن عتاب: تنازع الشيوخ ببلدنا قديمًا وحديثًا فى الرجل يجعل فى داره، أو فى شبه ذلك مما له دوى وصوت يستضر به الجار مثل الحداد وشبهه، فقال بعضهم: يمنع من ذلك إذا عمل فيه بالليل والنهار، وقال بعضهم: لا يمنع منه، وقال ابن سعيد: الذى اتفق عليه شيوخنا أن يمنع بالعمل بالليل إذا أضر بجاره ولا يمنع بالنهار؛ قاله ابن عبد ربه، وقال ابن زرب: إذا اجتمع ضرران قطع الحديثُ الحديثَ لا الضرر القديم.

مسألة: فإن كانت الدار مكتراة فبنى رجل غرفة عليها وفتح عليها كوى، فقال ربها للمكترى: خاصم عنى واقطع الضرر عنى، وقال المكترى لربها: بل عليك الخصومة، فإن لم يرد كان للمكترى فسخ الكراء إن أحب، كما لو انهدم ما يضر وأبى ربها من بنائها.

مسألة: إذا أحدث رجل عليه القيام بالضرر فلم يقم عليه، وباع الدار قبل مضى المدة التى يختار الضرر بمضيها وأراد المبتاع القيام عليه، فالذى أفتى به ابن عتاب أنه إذا باع بعد علمه به فهو رضا منه، ولا كلام له ولا لمن ابتاع منه.

وروى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: قالوا: إلا أن يكون البائع باع بعد أن خاصمه فى ذلك، فلم يتم له الحكم حتى باع فللمشترى أن يقوم ويحل محله، وفى «أحكام ابن بطال»: معناه أن الحاكم قضى به وأعذر وتعين للتسجيل والإشهاد، ولو بقى شىء من المدافع والحجج لم يجز البيع، لأنه بيع ما فيه خصومه وهذا أصل مختلف فيه، قال ابن عبد الرفيع: فى «معين الحكام»، وفى «العتبية» ما يدل أن للمبتاع القيام على محدث الضرر وفى «المتيطية» قال: وفى «مسائل حبيب بن نصر وسحنون»: إن كان البائع لم يبين للمبتاع ذلك، فهو عبد يوجب الرد إن كان من العيوب الموجبة للرد، وليس للبائع القيام على محدث الضرر وإن لم يطلع البائع على الضرر حتى باع ورد بالعيب عليه وجب للبائع القيام، قال المتيطى: ويتحصل فى المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: أن بيعه بعد العلم رضا لترك القيام.

والثانى: أنه ليس برضا وأن للمبتاع القيام لما كان للبائع أن يقوم به.

والثالث: أنه ليس برضا من البائع ولا قيام للمشترى إلا أن له الرد على البائع بالعيب إن لم يعلم به فإن رد عليه فللبائع القيام.

مسألة: إذا أحدث الرجل من البنيان ما يجب عليه القيام فيه بالضرر فقام جاره عليه بقرب الفراغ من البنيان، فعليه اليمين ذلك أن سكوته حتى كامل البنيان، لم يكن على إسقاط حقه الواجب له فى ذلك من القيام بقطع الضرر.

مسألة: قال ابن الهندى: وإن قام رجل على جاره فى شىء يريد إحداثه وادعى أنه ضرر، وأقام بينه بأن الذى يذهب إلى إحداثه يكون فيه ضرر على جاره من الاطلاع، فليس يمنع جاره من عمل ما يريد، فإذا تم عمله وثبت الضرر هدم عليه أو أخذ ذلك ولم يكن عنده فيه مدفع.

مسألة: وفى «الطرر»: عن ابن سحنون عن أبيه فى خربة لرجل بين دور فيها الزبل ولا يدرى من يلقيه، فقام جاره بضرر الزبل بحائطه على رب الخربة وأمره بتنقيتها، فقال له: هو من جيرانى وأنا أشتكى ذلك، وثبت الإضرار بالجار فإنه لم يجبر صاحبا على تنقيتها، وقال سحنون: وقد يقع جدار الرجل فيسد على جاره مدخله ومخرجه، يعنى فيؤمر بتنقية ذلك.

مسألة: وقال فى موضع آخر من كتاب ابنه فى الزبل فى فناء قوم أو فى خربتهم، إن على جيران الموضع كنسه ويؤخذ الأقرب فالأقرب على الاجتهاد، قال عبد الله بن أبى زيد: لأن الأغلب أنهم يلقون فيها.

فصل: إن أحب أهل الأسواق تسقيف ما بين حوانيتهم وأبى بعضهم، فمن أحب فله ذلك، ومن أبى لم يجبر وذلك فى جميع الصناعات ومن أحب فتح كوة فيه أو نزع سقفه لم يمنع من ذلك ونزلت فقضى فيها بذلك.

تنبيه: القائم بالضرر لا يحكم له بعد ثبوت ملكه الذى يدفع عنه، وكذلك ينبغى فى كل ضرر لأن ذلك حكم.

تنبيه: إذا كان لرجل على رجل جرى ماء على داره فقطعه عنه، احتيج فى ذلك إلى قبول المقطوع عنه ذلك إذا فعله احسانًا إليه كالهبة التى يحتاج فيها إلى القبول.

مسألة: فإذا كان جدار الرجل ملاصق الطريق فيريد صاحبه أن يجدده بالطين أو بالجير، وأخذ من الطريق نحو الأصبع لم يمنع من ذلك، وإن تكرر ذلك فى كل عام؛ من «الطرر».

فصل: ومن اقتطع شيئًا من محاج المسلمين فذلك جرحة فى شهادته إن كان اقتطاعه عن معرفة وقصد، وإن كان لا يضر ولا يضيق بالمارين، فظاهر قول أصبغ: أنه إنما يكون جرحة فيه إذا أضر اقتطاعه بالناس وأتى ذلك بمعرفة، وأما إذا لم يضر فلا يكون ذلك جرحة.

فصل: ولابن راشد فى شرحه «جامع العتبية»: أنه يجوز إكراء الفناء لما فيه من الانتفاع حسبما كان له فيه.

فصل: ومن أراد أن يطرّ داخل داره؛ أى: يطينه، ولجاره حائط فيها فمنعه من ذلك لم يكن له ذلك لأن له فيه منفعة ولا مضرة على جاره، ومنه الحديث: «**لا ضرر ولا ضرار**».

فرع: فإن أراد طر حائطه من جهة جاره فإنه ينظر، فإن كان الحائط يحتاج إلى الطر كان له أن يطره وإلا فله منعه، وقيل: ليس له ذلك، لأن الطر يقع فى هواء

جاره إلا أن ينحت من طره ما يوقع عوضه من الطر الجديد، لأنه قد يتكرر الطر بغير حاجة حتى يغلظ الطر فينقص غلظه من ضوء صحن دار جاره.

فرع: وأما إن طره ليأكل فيه أو لأجل المطر على جهة التحصين فليس لجاره أن يمنعه من ذلك، فإن ذهب جاره إلى أن يمنعه من الدخول لطره فله ذلك، وليس له أن يمنع البناء والأجراء الذين يتولون ذلك بأنفسهم، ويقال لصاحب الحائط: صف لهم ما تريد، وأما أنت فلا تتولى ذلك، وقد يكره جارك دخولك فى داره فإن منعه جاره من إدخال الطر ونحوه من الباب، أمر صاحب الحائط بفتح موضع فى حائطه يدخل منه الطين والطوب والصخر وما يحتاج إليه الحائط، فيعجن فى داره ويدخله إلى دار جاره، فإن أتم العمل أغلق ذلك الموضع وحصنه.

مسألة: وفى «الطرر»: من أراد أن يعلق شيئًا فى داره على داخل حائط جاره كان له ذلك إن لم يضر بجاره فى جداره.

مسألة: وليس له أن يضرب وتدًا فى جدار جاره، ولا أن يضم إليه ما يضره كالزبل والتبن والحطب، أو بناه إذا نزل الماء فضرب فى ذلك البناء طار إلى جداره، ولا له أن يحقن ماء بقرب جداره خوفًا أن يصل نداه إليه.

مسألة: ومن له حائط فى دار رجل فله الدخول إليه لافتقاده والنظر فيه لأنه حق له عليه، كمن له شجر فى دار رجل أو أرضه فيحكم له بذلك عليه إن أراد منعه، كذلك من أراد أن يصلح سقوف داره أو يبنى فيها شيئًا.

فصل: ومن كان له طعام مصغى فى أندره، لم يمنع من فرقه الذر وعليه بدأ قبله أو لم يبدأ، وقيل له: غط طعامك، وقيل: له منعه، ويؤمر من صفى بقطع طعامه، فإن لم يصف أحدهم وذروا كلهم واختلط تبنهم، قيل لهم: أقرعوا على النور، فإن أبوا لم يجبر واحد منهم على قلع أندره، ويقال لمن ذرى على صاحبه: أتلفت تبنك لا شىء لك، وجبر الذى صفى طعامه على القلع، قال: وإن صفى أحدهم ولم يبق له إلا إخراج الحصالة، منع من الذر وعليه وليس هو كمن لم يصف شيئًا.

فصل: وأما القناة إذا كانت لجماعة فانسدت، قال سحنون: فإن جرت تحت أربع دور فإن الأول يكنس ما فى داره، ثم يكنس مع الثانى، ثم يكنس الأول والثانى مع الثالث، ثم يكنس جميعهم مع الرابع، لأن مياههم كلهم تجرى عليه، وهذا إذا كان مياه الدور كلها تجرى فى القناة، فإن كانت لواحد تجرى فى دور هؤلاء فالإصلاح عليه دونهم.

مسألة: قال يحيى بن عمر فى القناة تجرى فيها أثقالهم حتى تجرى إلى أم تجرى إلى الخندق، فانسدت قناة أحدهم فكنس فلم يجر ماؤه فى قناة جاره، فقال لجاره: اكنس قناتك حتى يخرج مائى فأبى، وكذلك من بعده ممن يليه فإنه يجبر من أبى على كنس قناته حتى يخرج عليها ماء جاره، يلزمهم هكذا حتى يخرج ماؤهم إلى الأمام، وينظر فإن كان الذى يجرى فيها ماء المطر فقط فالكنس على عدد الدور، وإن كان يجرى فيها الغائط والأبوال فالكنس على الجميع على عدد الجماعة.

فصل: فى الشجر يكون لرجل فى أرض غيره فيريد صاحب الأرض التحظير على أرضه، وفى «مختصر الواضحة» عن ابن حبيب قال: كتبت إلى أصبغ فى الشجرة الواحدة أو الشجرات تكون للرجل فى أرض غيره، فيريد صاحب الأرض التحظير على أرضه، أو يبنى أرضه تلك دارًا، أو يعلق شجرة الرجل أو شجراته ويقول: أنا أشهد له بحقه، وأفتح له إذا احتاج إلى الدخول ليجنى ثمرها أو لإصلاحها، ويمنعه من ذلك صاحب الشجر أو الشجرات، والشجرات مجتمعة بناحية من الأرض غير متفرقة ولا ممتدة فله منع صاحب الأرض من التحظير عليها مع سائر أرضه.

وقيل له: حظر على أرضك إن شئت وأخرج شجرة هذا ناحية من تحظيرك، وذلك إذا كان لصاحبها طريق إليها، على حال مما كان من طريقه الأول فى قرب ذلك أو بعده أو سهولته أو مشقته، وإن كانت الشجرة أو الشجرات متوسطة الأرض، أو ممتدة بحيث لا يستطيع التحظير على ما دونها إلا بفساد أرضه، كانت الشجرة قليلة غير شاغلة الأرض كلها والأرض واسعة، كان صاحب الشجرة هو المضار، وقيل لصاحب الأرض: حظِّر على أرضك، وافتح لصاحب الشجرة لأن

يدخل من على أقـرب الطريق وأسهلـه إلى شجـره، ويكون علقه بيـده إن طلب ذلك، ولم يرد أن يكون مـدخله من مدخل صـاحب الأرض، ويحتـفظ صاحب الأرض هذا عليه إن أحب التـحظير، وإن كانت الشجـرة كبيرة قـد عمت الأرض بتبددها وانتشارها فيها، لم يكن لصاحب الأرض أن يحظر عليها وكان هو المضار، لأن الضررين إذا اجتمعا على الشريكين فى الشىء فحيث كان الضرر على أحدهما أكثـر فهو المضـار به، والمزاح ذلك عنه فى القصة وحـيث كان الأقل فهـو المضار الممنوع ما يريد ويطلب.

فـصل: فى الطريق يشق أرض رجل فـيـريد أن يحـولها إلى مـوضع آخـر من أرضه، هو أرفق به وبأهل الطريق، قـال ابن القاسم: ليس له ذلك، ولا لأحد أن يحول طريقًا من مـوضعها إلى ما هـو دونها ولا إلى ما هو فوقهـا، وإن كان مثل الطريق الأول فى السهولة، أو أسهل منه وإن أضر ذلك به، لأنه على ذلك اشترى أو ورث أو وهب له إذا كانت طريقًـا للعامة، لأن ذلك حق لجمـيع المسلمين، فلا يجوز فيها إذن بعضهم إلا أن يكون طريق قوم بأعيانهم فيأذنون له فيجوز ذلك.

وقال ابن الماجشـون: أرى أن أمر ذلك الطريق إلى الإمام فيكشـف عن حالها، فإن رأى تحويلها من حالها منفعة للعامـة، ولمن جاورها حولها فى مثل سهولتها أو أسهل، وفى مثل قربها أو أقـرب، فليأذن له بذلك وإن رأى فى ذلك مضرة بأحد ممن جاورها، أو بأبناء السبيل وعامة المسلمين منعه من ذلك، وإن هو حول الطريق دون نظر الإمام ورأيه نظر الإمام فى ذلك، فإن كـان صوابًا أمضاه، وإن كان على غير ذلك رده، لأن الإمام هو الناظر لجميع المسلمين وهو بمكانهم فى ذلك.

وقال ابن نافع مثله، قال ابن حبيـب: وهذا أحب إلى وبه أقول؛ من «مختصر الواضحة».

فرع: وفى «مخـتصر الـواضحة» عن مطرف وابن الماجـشون وأصبـغ فى النهر يكون لاصقًا بالطريق، والطريق لاصق بأرض رجل، فيحفر النهر الملاصقة به كلها ويدخل فى أرض الرجل، فيريد الناس أن يورثوا فى أرضه، فإن الإمام ينظر الناس فى ذلك أو يحتـالوا لأنفسـهم، ولصاحب الأرض أن يمنعهـم من ذلك إن استطاع

ذلك، ولسنا نرى لأحد أن يستحل المرور فيه إلا بإذن صاحبه، ونرى لمن سلك فيه ولو مرة واحدة أن يتحلل صاحبه من ذلك، وتحلله إياه قبل المرور أحب إلى من تحلله بعد المرور.

فصل

فى القضاء بسد الذرائع

والذريعة: الوسيلة إلى الشىء، ومعنى ذلك: حسم مادة وسائل الفساد، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة منعنا من ذلك الفعل وهو مذهب مالك - رحمه الله - والقول بسده مأخوذ من الكتاب والسنة، أما الكتاب فقوله تعالى: **﴿وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾** [الأنعام: ١٠٨]، فمتى خاف المسلم إذا سب دين الكفر يؤدى إلى سب الله أو رسوله أو الإسلام أو أهله لم يجز له أن يسب دينهم ولا صلبانهم، ولا ما يتعرض إلى ما يدعو إلى ذلك؛ قاله ابن العربى فى «أحكام القرآن»، وقال ابن رشد فى «المقدمات»: أبواب الذرائع فى الكتاب والسنة يطول ذكرها ولا يمكن حصرها، من ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «**دع ما يريبك إلى ما لا يريبك**»، وقوله عليه الصلاة والسلام: «**الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه، ومن وقع فى الشبهات كان كالراعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا وإن حمى الله محارمه**».

مسألة: قال القرافى: الذريعة بإجماع الأمة على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: معتبر إجماعًا كحفر الآبار فى طرق المسلمين، وإلقاء السم فى أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حينئذ.

القسم الثانى: ملغىً إجماعًا كزراعة العلس، فإنه لا يمنع ذلك خشية الخمر والشركة فى سكنى الدار خشية الزنا.

القسم الثالث: مختلف فيه كبيوع الآجال، اعتبر المالكية الذريعة فيها وخالفهم غيرهم فى ذلك.

مسألة: وسيلة المحرم محرمة وكذلك وسيلة الواجب واجبة كالسعى إلى الجمعة والسفر للحج، فكما يجب سد الذرائع يجب فتحها كما مثلنا.

فرع: ومن ذلك البيع بعد نداء الجمعة الموجب لسعى المتبايعين أو أحدهما لأنه وسيلة إلى التخلف عن الجمعة أو فوات بعضها، فإن وقع ذلك فالمشهور أنه يفسخ، واختلف فى غير البيع من العقود كالنكاح والخلع والصلح والإجارة وما فى معنى ذلك، فقال ابن بشير: لا شك أنها كالبيع لأنها مشغلة واختلف فى الفسخ أيضًا، وحكى اللخمى عن ابن عبد الحكم الفسخ فى الإقالة والشركة والتولية والأخذ بالشفعة.

فرع: قال ابن راشد: ينبغى للحاكم إذا خاف من المتبايعين الوقوع فى المحرم أن يمنعهم منه.

فرع: ومن ذلك السفر بالمصحف إلى أرض العدو خشية تملكه ووقوعه بأيديهم فلا يجوز حمله إلى بلادهم.

فرع: وكذلك لا يجوز بيع آلة الحرب من الكراع والسلاح والسروج والتروس ونحو ذلك مما يتقى به للحربيين، لما يتقى من تقويتهم بذاك على المسلمين.

فرع: وكذلك لا يشترى من الحربيين بالدنانير والدراهم التى فيها اسم الله تعالى لنجاستهم كانوا أهل حرب أو عهد.

فرع: ومن ذلك زواج المسلم النصرانية فى دار الحرب لما يخشى على الذرية من التنصر، ومن ذلك عقود الغرر لأنها ذريعة إلى أكل المال بالباطل، كالعبد الآبق والبعير الشارد والثمرة التى لم يبد صلاحها وتراب الصواغين، وبيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء والإبل المهملة التى يصعب انقيادها ولا يعلم هل تسلم فى أخذها وتسليمها للمشترى منه، ومنه العقد على ما لا يجوز تملكه كالحر ولحم الميتة والخمر والخنزير والقرد والدم وغير ذلك ما يطول ذكره.

فرع: ومن ذلك عقود الربا وعقود العينة وسلف جر منفعة وما أشبهه، وكل هذه وما جرى مجراها يجب على الحاكم المنع منه ابتداء إذا علم به، وفسخه إذا اطلع عليه مع تأديب من اعتاد تعاطى هذه العقود.

تنبيه: وقد تقدم أن وسيلة المحرم محرمة، قال القرافى: وقد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة، كالتوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال إلى العدو الذى هو محرم عليهم الانتفاع به، لكونهم مخاطبين بفروع الشريعة عندنا، وكذلك دفع مال لرجل يأكله مجانًا حتى لا يزنى بامرأة إذا عجز عن ذلك إلا به، وكذلك دفع المال للمحارب حتى يخلص هو صاحب المال واشترط مالك فيه الإشارة.

والحمد لله وحده، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وحسبنا الله ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم.

****

تم الجزء الثانى من كتاب

«تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام»

للقاضى ابن فرحون

والحمد لله تعالى

فهرست

الجزء الثانى

من كتاب

تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام

للقاضى ابن فرحون

الموضوع ... الصفحة

تمت الفهرست

رقم الإيداع

٢١٥٢٩/٢٠٠٤م

